



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

La Tipificación de la Maternidad Subrogada como garantía para la no afectación
de los Derechos del niño y niña

TESIS PARA OBTENER TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:

Luis Thaylor Cabrera Vega

ASESOR TEMATICO

Dr. José Jorge Rodríguez Figueroa

ASESOR METODOLOGICO

Dr. Elías Gilberto Chávez Rodríguez

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Derecho Penal - Constitucional

LIMA-PERÚ

2018

Página del Jurado

Dr. José Jorge Rodríguez Figueroa
Presidente

Mg. Yery Edelmira Tello Moncada
Secretario

Mg. Augusto Fortuna García Taboada
Vocal

Dedicatoria

A mi familia, mis padres, hermano y pareja, por su esfuerzo y apoyo incondicional y por ser siempre mi principal motivación para lograr mis objetivos.

Agradecimiento

Agradezco a mis docentes, compañeros y amigos que han sido parte importante en la construcción de mi vida universitaria y que han hecho posible con su aporte el desarrollo de este trabajo.

DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD

Yo, Luis Thaylor Cabrera Vega, con DNI N° 4464775s a efectos de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Cesar Vallejo, Facultad de Derecho , Escuela Profesional de Derecho, declaro bajo juramento.

1. La tesis es de mi autoría.
2. Que he respetado las normas internacionales de cita y referencias para las fuentes consultadas, por lo tanto, la tesis no ha sido plagiada ni total ni parcialmente.
3. La tesis no ha sido auto plagiada, es decir, no ha sido publicada ni presentada con anterioridad para obtener grado o título profesional alguno.
4. Los datos presentados en los resultados son reales, no han sido falseados duplicados ni copiado y por lo tanto los que se presentan en la presente tesis se contribuirán en aportes a la realidad investigativa.

En tal sentido, asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de documentos como de información aportada, sometién dome a lo dispuesto en normas académicas de la Universidad Cesar Vallejo.

Lima, 11 de julio de 2018.

Luis Thaylor Cabrera Vega
DNI N° 44647756

Presentación

Señores miembros del Jurado:

En cumplimiento a lo establecido en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Cesar Vallejo, presento ante ustedes la Tesis titulada: **La Tipificación de la Maternidad Subrogada como garantía para la no afectación de los Derechos del Niño y Niña.**

La misma que someto a vuestra consideración y espero que cumpla con los requisitos de aprobación para obtener el Título Profesional de Abogado, que tiene como finalidad Analizar si constituye un factor determinante la Tipificación de la Maternidad Subrogada para evitar afectaciones a los Derechos del niño y niña.

Es por ello, que la presente investigación se ha organizado en VII capítulos: en el apartado de introducción encontramos la aproximación temática, trabajos previos, teorías relacionadas al tema, formulación del problema; donde se detalla el problema de investigación, objetivos, supuestos jurídicos generales y específicos. Por otra parte, se establece el marco metodológico en el que se sustenta el enfoque cualitativo que presenta el estudio, así como el tipo y diseño de investigación, caracterización de sujetos, población y muestra, técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez, método de análisis de datos, tratamiento de la información en cuanto a las unidades temáticas y categorización, culminando con los aspectos éticos de la investigación. Finalmente, se precisan los resultados en el cual podremos desarrollar las conclusiones y recomendaciones, todo ello sustentado con material bibliográfico y las demostraciones contenidas en los anexos de este trabajo de investigación.

El Autor.

Índice

CARÁTULA.....	i
TÍTULO.....	i
AUTOR.....	i
ASESOR TEMATICO.....	i
LÍNEA DE INVESTIGACIÓN	i
Página del Jurado	ii
Dedicatoria	iii
Agradecimiento.....	iv
DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD.....	v
Presentación	vi
Índice.....	vii
Índice de Tablas.....	ix
RESUMEN.....	x
ABSTRACT	xi
I. INTRODUCCIÓN	1
1.1. Aproximación Temática.....	2
1.2. Marco Teórico	10
1.3 Formulación del Problema	47
1.4. Justificación del Estudio	48
1.5 Supuestos u Objetivos De Trabajo	49
II. MÉTODO	49
2.1 Diseño de la Investigación.....	50
2.2 Métodos de Muestreo	51
2.3 Rigor Científico	53

2.4. Análisis Cualitativo de los datos.....	55
2.5 Aspectos Éticos.....	55
III.- DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS.....	56
IV.- DISCUSIÓN	67
V.- CONCLUSIONES	72
VI.- RECOMENDACIONES.....	74
REFERENCIAS.....	76
ANEXOS.....	80

Índice de Tablas

Tabla 1. Supuestos de Reproducción Asistida en caso de Maternidad Subrogada24

Tabla 2. Validación – Guía de Entrevista54

RESUMEN

Con el transcurrir de los años hemos podido advertir el avance de la ciencia en diversos campos de la actividad humana , siendo así la ciencia médica ha logrado ya hace 3 décadas posibilitar la concepción en aquellas personas que por diversas razones se han visto impedidas de consolidar la formación de una familia , las técnicas de reproducción asistida facilitan este anhelo de tener descendencia por lo que su demanda ha ido con el devenir de los años en un aumento, realizándose de manera clandestina y exponiendo ante la falta de normatividad jurídica que regule esta práctica, no tan solo los derechos de la mujer , si no de aquellos que no pueden manifestar su voluntad como son los menores nacidos de ella. De ello emana evaluar si es determinante constituir un marco normativo que no tan solo regule adecuadamente el medio alternativo para la formación de un nuevo ser, sino que además blinde protección jurídica frente aquellos escenarios que puedan conllevar a vulnerar los derechos del niño y niña nacido por esta vía, como aquellas situaciones en las que se pueda cometer delitos o posibilitar estos encubriéndose en una práctica tan loable como es la de la maternidad subrogada. Por tanto la siguiente investigación tuvo como objetivo general analizar si constituye un factor determinante la tipificación de la maternidad subrogada para garantizar los derechos del niño y niña. En consecuencia, este estudio se desarrolló bajo un enfoque cualitativo fundado en el diseño de la teoría fundamentada, y que a través de las técnicas de recolección de datos , entrevista y análisis documental ,permitieron analizar que no es determinante la tipificación de la maternidad subrogada para garantizar los derechos del niño y niña , sin embargo su regulación accesoria en el Derecho punitivo , permitirá soslayar conductas que puedan sobrepasar las exigencias que dicha técnica requiere para su realización.

Palabras claves: Maternidad Subrogada, Tipificación, Identidad, Integridad, Derechos

ABSTRACT

Over the years we have been able to see the progress of science in various fields of human activity, and medical science has already achieved 3 decades ago to enable conception in those people who for various reasons have been prevented from consolidating the formation of a family, the techniques of assisted reproduction facilitate this desire to have offspring so that their demand has gone with the evolution of the years in an increase, taking place in a clandestine manner and exposing in the absence of legal regulations to regulate this practice, not only the rights of women, but those who can not express their will as are the children born of it. From this emanates to assess whether it is determinant to constitute a normative framework that not only adequately regulates the alternative means for the formation of a new being, but also shields legal protection against those scenarios that may lead to violating the rights of the child born in this way, as those situations in which crimes can be committed or make possible these concealed in a praiseworthy practice such as that of surrogate motherhood. Therefore, the following investigation had as a general objective to analyze if the definition of surrogate motherhood is a determining factor to guarantee the rights of the boy and girl. Consequently, this study was developed under a qualitative approach based on the design of grounded theory, and that through the techniques of data collection, interview and documentary analysis, allowed to analyze that the definition of surrogate motherhood is not determinant for guaranteeing the rights of the child, nevertheless its accessory regulation in the punitive Law, will allow to avoid behaviors that can surpass the demands that said technique requires for its realization.

Keywords: Surrogacy, Identification, Identity, Integrity, Rights

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Aproximación Temática

El avance de la ciencia ha hecho posible que aquellas personas que presentan algún tipo de imposibilidad genética para procrear, sea parcial o completa debido a problemas de esterilidad o infertilidad vean en las técnicas de reproducción asistida un medio que les permita ser padres.

De entre todas las técnicas de reproducción asistida que se llevan a cabo, la que mayor cuestionamiento presenta, es la práctica de la maternidad subrogada, entendida como el proceso de gestación que lleva una mujer a pedido de otra persona la cual no puede o no desea llevar este proceso, para que posteriormente, culminado, otorgue a esta persona el nuevo ser indistintamente si existe un factor económico, motivacional o lo ejerce de manera altruista.

Esta técnica y su práctica generan diversos problemas en la medida que atenta contra los derechos del nuevo ser, a su identidad y el desconocimiento de saber su origen biológico, la vulneración a su integridad; el desarrollarse al lado de sus propios padres biológicos y conocer su descendencia, a no ser tratado como un objeto de cambio, en igual escala se pueden presentar perjuicios en caso de algún problema de salud necesite de un familiar compatible genéticamente con él. A su vez afecta al principio del interés superior del niño, normativa reconocida nacional e internacional, la cual busca lo más favorable para el niño en todo cuanto lo afecte debido a su estado de indefensión.

En nuestra realidad corresponde labor del legislador procurar la protección de los derechos reconocidos constitucionalmente y a nivel internacional , el hecho de salvaguardar los bienes jurídicos de la parte más vulnerable en esta situación, pues los lleva a estar sometidos a los deseos de quienes quieren ser padres, a sus decisiones en el periodo de gestación sin existir un control que pueda fiscalizar y garantizar si son personas aptas para llevar el cuidado de un niño o niña que biológicamente no es suyo, como sucede en la adopción donde hay requerimientos y pautas a cumplir, el respeto de los derechos inmiscuidos , exigiendo derechos que consideran ponderativamente superiores a los del hijo deseado, sumado a aquellos que buscan o tienen algún tipo de beneficio o interés económico en llevar a fin este proceso.

Considerando también que pueden presentarse situaciones conflictivas en el transcurso del periodo de gestación y concluido el mismo, entre quienes propiciaron esta situación como el hecho de aquella mujer que recurre a la técnica de maternidad subrogada ya sea como solicitante

o gestante y que no se encuentren en matrimonio a lo que posteriormente el solicitante varón ya no desea ser padre dejando en abandono a la mujer; siendo el más perjudicado aquel que no puede expresar su voluntad.

Ante esta realidad, podemos indicar que el problema surge desde la falta de una regulación punitiva como las que rigen esta técnica en otras legislaciones, de manera que limiten la práctica libre y su consumación; de igual modo los casos que se han llevado a cabo en las entidades judiciales en donde se ha tratado de resolver de manera más favorable para los menores sobre los hechos consumados, pero dejando muchas inexactitudes y omisiones; emitiendo sentencias que tácitamente permiten acrecentar más las prácticas futuras pues las personas se ven amparadas en ellas y que a su vez no ponen de acuerdo a la comunidad nacional.

Una muestra de ello es la reciente sentencia emitida por el quinto juzgado especializado en lo constitucional de fecha 21 de Febrero del 2017; siendo los sucesos que la pareja Nieves Ballesteros al no poder tener hijos producto de que la señora Ballesteros tenía un problema con sus óvulos, recurrió a un acuerdo privado con la pareja Lázaro Rojas, en donde la señora Rojas llevaría a cabo el proceso de gestación al implantársele mediante fecundación in vitro, el óvulo fecundado de un donante anónima y el espermatozoide del señor Nieves, al concluir el embarazo y nacer dos niños; estos se registraron con los apellidos de la pareja Lázaro Rojas quienes en todo momento argumentaron no ser los padres debido a que señalaban a la pareja Nieves Ballesteros ser los padres de los recién nacidos. Frente a esta situación la pareja Nieves Ballesteros solicitan la rectificación de las actas de nacimiento para ser ellos declarados como padres de los menores, rechazando la RENIEC las solicitudes mediante resoluciones registrales a lo que la pareja en mención recurre vía amparo al organismo Constitucional. La pareja manifiesta que se le ha vulnerado sus derechos al libre desarrollo, su derecho a constituir una familia y a la vida privada, a su vez de sus derechos sexuales y reproductivos; mencionando también el derecho del interés superior del niño de los menores. A su vez la RENIEC plantea la excepción de falta de representación de la pareja, seguido de que la señora Ballesteros no tiene vínculo biológico ni filial con los niños y que por ello correspondería la adopción. Mencionando también que no se presentó recurso impugnatorio en sede administrativa. El Quinto Juzgado especializado en lo Constitucional reconoció la idoneidad del amparo y resolvió declarando fundada la demanda y que sean nulas las resoluciones emitidas por la RENIEC,

ordenándole a la entidad que emita nuevas partidas con los apellidos de la pareja Nieves Ballesteros.

La sentencia se pronunció respecto al derecho a la identidad de los menores como argumento a tutelar en la sentencia, no tomando en cuenta que genéticamente son hijos de quienes proporcionaron el ovulo y espermatozoide, siendo solo el señor Nieves el padre genético; respecto a la identidad legal corresponde está a la señora Rojas quien trajo al mundo a las menores y es reconocido en nuestro Código Civil junto a su esposo presumiéndose como padre , siendo esta la situación y siendo la donadora del ovulo anónima , restringe la posibilidad de que conozcan su identidad. Respecto a la mención sobre el interés superior del niño; estas situaciones deben evitarse en la medida que se atenta contra el vínculo materno filial, no solo físico si no también emocional con quien lo gestó, privándosele del derecho a la lactancia, alimento insustituible para la salud y formación del nuevo ser. El propósito de la tipificación queda esclarecido es de garantizar los derechos y principios que comiencen a los niños por su situación de desprotección y vulnerabilidad frente a los deseos de los solicitantes.

Para que esta situación se configure como delictiva se requiere una normativa expresa frente a supuestos específicos lesivos en el cual se sancionen de acuerdo al grado de participación, la ponderación de principios y la situación biológica de los implicados.

Existen legislaciones como Alemania, Bélgica, España, Dinamarca, Egipto, Francia, Italia Holanda, Portugal entre otros países que de manera expresa prohíben y aplican sanciones a la práctica de la maternidad subrogada, sea esta mediante un contrato verbal o escrito, por ello que países con una legislación jurídica mucho más ordenada la apliquen, porque es el requerimiento de su sociedad y lo cumplen ya que están en armonía con ella, por ende nada imposibilita a que el Estado Peruano pueda adquirir las bases de las normas internacionales y aseguras la protección y garantía de los derechos en juego.

Trabajos Previos

Son aquellos antecedentes que permiten dar un respaldo a la investigación que se pretende realizar, la cual se sustentara sobre la base de estas investigaciones que han sido realizadas tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

Antecedentes Nacionales

En ese sentido, Cárdenas, A. (2014), en su estudio titulado *“El derecho de las personas concebidas mediante Técnicas de Reproducción Asistida a conocer su identidad biológica, desde una perspectiva Biojurídica”* con el que obtuvo el grado de Magister en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Escuela de Post Grado, siendo la investigación de enfoque cualitativo bibliográfica, descriptiva y teniendo como ámbito de tu estudio la legislación nacional llegó a la conclusión siguiente:

[...] La búsqueda que hace una persona de sus orígenes , puede estar su interés en conocer su mayor predisposición a ciertas enfermedades , saber de determinados riesgos hereditarios de los que pueden ser importante estar advertidos, evitar relaciones incestuosas y otras cuestiones esenciales que justifican el querer acceder a nuestro verdadero origen. (p.120).

A razón de la investigación desarrollada el autor afirma que las personas nacidas por la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida ven vulnerados diversos derechos fundamentales relacionados con la identidad, dignidad y en igual medida considera que el derecho a la salud se ve afectado ante la mayor tendencia de los nacidos por esta práctica a desarrollar ciertas enfermedades.

En el 2013 el *“Proyecto de Ley N° 2839 -2013-CR Ley que modifica el artículo 7° de la Ley 26842 Ley General de Salud para incorporar la maternidad sustituta parcial altruista”*, impulsado por el entonces congresista Zeballos Salinas, Antonio; miembro del partido Solidaridad Nacional, propuso una regulación para la práctica de maternidad sustituta considerado los siguientes aspectos y que cita:

El objeto de la ley es modificar el artículo 7° de la Ley General de Salud, Ley 26842, que incorpora la modalidad de maternidad sustituta parcial y altruista [...] se realizara con el aporte de material genético femenino y con el gameto masculino para su concepción, mediante la fecundación in vitro de la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptara de manera altruista la gestación del nuevo ser (p.19).

Como se puede observar del proyecto de aquel año, se buscaba facilitar una práctica acorde a las necesidades de la población imposibilitada de llevar a cabo una procreación que se ve impedida de lograrse por causas naturales, estableciendo condiciones que no afecten los

derechos del niño y no conlleve a generar los ya conocidos problemas jurídicos que atentan contra su ser.

Sotomarino, R. (2017) en su artículo titulado “*Mamá, papá, los quiero mucho. Comentarios a la sentencia del Quinto Juzgado Constitucional de Lima sobre maternidad subrogada*”. Abordo el tema de la maternidad subrogada, respecto a la sentencia emitida por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, concluyendo que:

[...] El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del estado [...] preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. Tal información forma parte del ámbito íntimo del niño/niña y demás personas involucradas la cual se levantará en función del interés del niño y a su solicitud como en los casos en los que se requiera mantener a salvo los impedimentos matrimoniales por consanguinidad. (pag.65).

Este artículo se fundamenta en que el Estado es el encargado de regular adecuadamente el tratamiento de la maternidad subrogada, tomando en consideración los derechos involucrados en ella, priorizando el respeto a la dignidad humana de los intervinientes y el interés superior del niño; trabajando el tema mediante comités multidisciplinarios que faciliten la elaboración de normativas que respondan al vacío legal existente y aplicando las sanciones debidas para aquellos que lo incumplan.

Velásquez, M. (2015), en su trabajo de investigación titulado “*Necesidad de incluir el delito de contrato de maternidad subrogada en el Código Penal Peruano*” para optar el grado académico de Magister en la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez – Escuela de Pos Grado, llego a la siguiente conclusión:

La Maternidad Subrogada es vista como un método de procreación extraordinario en caso de infertilidad o esterilidad severa de las parejas y posee un alto grado de aceptación en su práctica y en la idea de una futura legislación que sancione la aplicación y sus alcances para evitar el abuso, la ilegalidad y el desconocimiento de varios derechos fundamentales. (p.137)

De la conclusión expuesta se puede apreciar que la aplicación de una normativa que sancione la práctica de la Maternidad Subrogada deberá abordar la protección de los derechos

fundamentales a fin de impedir consecuencias abusivas que vulneren los derechos inmersos en el desarrollo de la técnica en mención.

Del mismo modo Zaldívar, J. (2016) en su tesis titulada “*Necesidad de regulación Jurídica de la Maternidad Subrogada, Arequipa 2013*”, con el que obtuvo el grado de Magister en Derecho de Familia por la Universidad Católica Santa María, concluyo que:

En nuestro país se presenta la carencia de una ley sobre reproducción humana asistida y dentro de ella la maternidad subrogada. Esta situación genera conflictos legales entre los padres así como en los aspectos de maternidad, paternidad, derecho sucesorio, derecho de los hijos frente a los pares y filiación. Ante esta situación es imperativo considerar la promulgación de una ley sobre reproducción humana asistida para evitar situaciones anárquicas y conflictivas con la consecuente vulneración de derechos a la persona. (p.145).

De la tesis citada en el párrafo anterior se observa que el objetivo es la relevancia de una promulgación de manera que exista un blindaje normativo que permita evitar conflictos jurídicos, perjuicios y afectaciones a los derechos de los intervinientes.

Antecedentes Internacionales

Avalos, C. (2017) en su trabajo de investigación titulado “*La Maternidad Subrogada y el Interés Superior del Niño*”, aplico el enfoque cualitativo- cuantitativa, siendo el tipo de investigación exploratoria – descriptiva, lo que le permitió llegar a la siguiente conclusión:

La regulación de la maternidad subrogada estaría dando hincapié a que aparezcan varios problemas legales entre los padres biológicos y la madre subrogante, afectando gravemente la integridad de los menores. Al permitir que la maternidad subrogada sea legal en el Ecuador se presentarían varias vulneraciones de derechos de los niños [...] porque es tratado como un objeto comercial [...]. (p.75)

En el desarrollo de su trabajo la autora ecuatoriana señaló que la práctica de la maternidad subrogada irresponsable conduce a diversos problemas frente a la ausencia de una regulación, considerándola como una nueva forma de tráfico de personas, que convierte a los niños en productos comerciales.

A su vez Balaguer, L. (2017), planteo en su trabajo monográfico titulado “*Hijos del mercado. La Maternidad Subrogada en un Estado Social*” lo siguiente:

La cuestión de los límites de la legislación en materia de derechos no es un asunto de derecho civil, la mercantilización que el Estado Liberal ofrece debe agotarse en los objetos y mercancías y no puede ampliarse a los cuerpos de personas ni a partes de ellos (p.22).

La autora a lo largo de su trabajo indica de manera reiterativa que en la medida que la práctica afecta a un modelo de Estado y a los bienes jurídicos que se encuentran protegidos constitucionalmente por los poderes públicos, su regulación no se puede resolver únicamente en el ámbito del derecho privado, como se postula o aspira debido a que existen varios derechos de las partes comprometidos entre sí, el derecho a un desarrollo de la libre personalidad, tanto la integridad física y moral de la gestante y del gestado, los derechos a la salud, tutela, dignidad y el peligro de la comisión de delitos, proponiendo en su investigación que debe plantearse y promoverse un marco de convivencia que garantice la igualdad de todas las partes.

Asimismo Bartolini, Pérez, Rodríguez en su investigación titulada “*Maternidad Subrogada: Explotación de mujeres con fines reproductivos*”, concluyendo en lo siguiente:

El principal argumento con el que intenta justificarse este tipo de prácticas de subrogación, es un supuesto derecho a la maternidad o paternidad; pero se pierde de vista que no existen los derechos de una persona sobre otra, sino que las personas, padres e hijos, son sujetos en sí mismos y fines en sí mismos [...]. Por último, se reconocen las problemáticas relacionadas a la fertilidad que padece un sector de nuestra población y, en consecuencia, observamos que es importante la necesidad de apoyar a las parejas para que puedan recuperar su salud sexual y reproductiva, así como regular la práctica de las clínicas que prestan servicios de reproducción asistida, siempre y cuando no implique la instrumentalización de la mujer y del menor [...], situación que fomenta un mercado de trata de personas o explotación con fines reproductivos que debe tipificarse como delito en las leyes aplicables (2014, pp. 50- 51)

Los autores a lo largo de su investigación abordan diversos enfoques que abarcan lo técnico, jurídico, social, y ético relacionado a los derechos humanos, buscando esclarecer desde su perspectiva como se ha trastocado la práctica de la maternidad subrogada iniciada años atrás con un fin solidario y altruista, transformándose en un tema crítico en el cual no existe un consenso mundial y en donde se presentan intereses económicos ante la ausencia de una regulación, proliferando conductas evidentemente delictivas y que generan dudas sobre su aceptación de manera libre.

Cabe mencionar que Esté, V. y Hamieh, N. (2012), en su trabajo de especialidad de grado titulado *“Fuente Jurídica de la Relación derivada de la Maternidad Subrogada en el Ordenamiento Jurídico Venezolano”* con el que lograron el título de abogados utilizando el método hermenéutico, siendo de tipo descriptivo y utilizando la técnica de observación documental, concluyeron en lo siguiente:

[...] La maternidad subrogada no puede establecerse de forma contractual, toda vez que el tal acto estaría viciado de nulidad absoluta por ilicitud del objeto y de la causa, siendo que la obligación necesariamente tiene un contenido patrimonial, la maternidad subrogada no puede originarse por la vía contractual. (p.91).

La investigación realizada considera que no es adecuado tipificar la maternidad subrogada de manera contractual debido a que el objeto de la pretensión no es de contenido patrimonial, considerarlo de tal modo otorgaría un valor comercial tanto a la persona subrogada como al niño por nacer.

Del mismo modo Parra, C. (2016), en su estudio titulado *“Implicaciones en materia penal de la Maternidad Subrogada en Colombia”*, encaminó su investigación en la revisión documental de experiencias internacionales, tomando a consideración legislaciones que han optado por prohibirla como de aquellas en la que se encuentra regulado y permite su realización; con el fin de analizar dos proyectos de ley llevados en su país y de establecer cuál sería el más adecuado para su realidad social, concluyendo en lo siguiente:

Es evidente la necesidad de establecer una normativa frente al tema, el proyecto de ley 026 de 2016, busca abarcar lo mejor de los dos aspectos permitiría únicamente con fines altruistas para nacionales colombianos, evitando el “turismo reproductivo” [...] En materia penal el proyecto de ley busca penalizar los intermediarios cuando se establece los vicios “promover, colaborar o constreñir” y a las parejas que requieran de estos servicios y no consigan dentro de las mujeres de su familia hasta cuarto grado de consanguinidad una voluntaria, en la expresión “finalice, pague”. (p.26).

De la investigación mencionada, comprendemos que Colombia, al igual que la mayoría de países de Latinoamérica, no cuenta con una legislación por lo que busca suplir el vacío legal incorporando un marco normativo que garantice y proteja los derechos de los intervinientes; por lo que se vienen trabajando proyectos de ley con características penales que impida el abuso y la práctica desmedida de la maternidad subrogada.

Por su parte Santander. C. (2012), en su trabajo de investigación para optar el Título Profesional de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, titulado *“El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?”* , utilizo una metodología trialista, haciendo uso del método documental, axiológico y comparativo, llegando a la siguiente conclusión:

[...]Ante esta eventual realidad fáctica el derecho se anticipe regulando la maternidad subrogada , estableciendo condiciones para su celebración en su variante contractual admitiendo el tipo altruista a todo evento y el oneroso , solo cuando este se vincule con la indemnización de la mujer que gesto y dejo de percibir rentas laborales durante dicho periodo [...] exige que la legislación regule dicha técnica considere los diversos ámbitos involucrados tales como el derecho civil , el derecho penal que condiciona o sanciona su uso y el derecho administrativo en materia sanitaria, señalando los centros médicos y profesionales competentes. (p.72).

El investigador a lo largo de su investigación propone la idea de una regulación de la práctica de la maternidad subrogada abordando todos los aspectos jurídicos , psicológicos y médicos que se desprenden de la problemática; luego de analizar los diversos documentos y realizar la recopilación de información , esbozo que; es fundamental regular sin dejar aspectos que faciliten la comisión y trasgresión de derechos de los intervinientes , asegurar a todo nivel una práctica solidaria que responda a las necesidades de quienes padecen la imposibilidad de ser padres por causas naturales.

1.2. Marco Teórico

Tipificación

Es la adecuación del accionar humano consciente realizado por el sujeto a la figura puntualizada de un hecho por la ley que la configura como un delito.

La conducta humana o la acción u omisión es el soporte en el que se fundamenta toda la organización de un delito debido a que si no se realiza una acción humana no existe delito (Arteaga, 2003, p.233).

Siendo la tipicidad el marco de la conducta humana al tipo penal, en ella se envuelven indisolubles tipologías de la acción ilícita las cuales cimentan positivamente su antijuricidad

La tipificación de un delito refiere al contexto en el que para juzgar a una persona por un acto u omisión ilícito este debe encontrarse tipificado, es la criminalización de una norma; siendo así se evita cualquier probable análisis arbitrario de la ley, de no ser así, dicha conducta no facultaría atribuir a nadie de una acción delictiva en virtud de que se trataría de algo que la ley no contempla.

En la actualidad se presentan situaciones que son calificadas como perniciosas que deben ser tipificadas en la medida que aún no han sido recogidas por el ordenamiento jurídico.

“El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes por estar penalmente prohibidas” (Zaffaroni, 2003, p.221).

Técnicas de Reproducción Asistida

Comprendiéndose como la colectividad extensa de procedimientos especializados por la acción directa en los gametos , ovocitos y espermatozoides uno o ambos a la vez y en el que se tiene como objetivo el colaborar con la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina (Mella, 2017, p.81).

Referidas a aquellas prácticas en las que el hombre intercede artificialmente en el evento de la procreación, de las cuales se puede diferenciar dos grupos; aquellas que se fundan en la inseminación artificial y las que se perpetran a partir de la fecundación extracorpórea o in vitro.

Las TRAS en general , no conviene emplearse por ser ilícitas pues quebrantan el derecho a la vida y dignidad de los concebidos , conjetura que ellas involucran una instrumentalización implícita de la mujer , el riesgo de fundar nuevas formas de discriminación , la comercialización de estas técnicas así como la manipulación y pérdida de embriones ,el manejo del diagnóstico preimplantatorio a manera de control de calidad sobre un producto , la discriminación de los embriones imperfectos que produce su desecho , su ejecución por pura comodidad o capricho, los peligros de taras o padecimientos genéticas y el hecho de que estas técnicas no corrige la esterilidad de las personas que recurren a ellas (Moran, 2008 ,p.154)

En nuestro país alrededor de los últimos quince años se vienen practicando las TRAS sin existir una institución legal orgánica y sistemática que reglamente el tratamiento de la genética y su

influencia en las relaciones sociales, es por esa causa que la ausencia de un ordenamiento jurídico especializado en esta materia origina una desprotección no solo en cuanto a la vida humana además de la familia y la sociedad en general (Villena, 2015, p.123).

Cieza, J., expresa su posición respecto a la ausencia normativa de las técnicas de reproducción asistida.

La falta de regulación de las Teras en el Perú trae consigo, por ejemplo, que ante cualquier contingencia generada en el empleo de las mismas, no habría que responder por las situaciones generadas y que causan eventuales daños a los intervinientes en estos procedimientos como los padres biológicos o aquellos padres con voluntad pro creacional y, por supuesto, a los nacidos por este procedimientos médicos. Igualmente, la sociedad también es socavada en sus principios o reglas de coexistencia, por tanto, se puede decir que existe una afectación al orden público o a las buenas costumbres (2017, p.32)

El autor considera que la regulación debe establecer una regulación restrictiva, dirigida la práctica únicamente a quienes por razones físicas diversas naturales o producto de alguna enfermedad no puedan realizar el proceso de procreación natural y requieran de otra mujer para entablar el desarrollo de la concepción, señala además las repercusiones sociales que estas situaciones jurídicas que se vienen presentando de manera común.

Esterilidad

Es un padecimiento que surge en el aparato reproductivo tanto en varones como en mujeres, se identifica por la imposibilidad de alcanzar un embarazo transcurrido un periodo prolongado; alrededor de más de un año manteniendo relaciones sexuales de manera constante y sin utilizar un método de protección.

Infertilidad

Aquí el embarazo se alcanza pero es incapaz de culminarse el término de la gestación por lo que esta concepción abarca procesos complicados como son el aborto de repetición, ya sea por complicaciones fetales o maternas.

Tratamiento de la Infertilidad

Se consigue mediante tratamiento individualizado tomando en cuenta las particularidades de la pareja, el tipo de infertilidad y los factores causales de la misma, de ese modo existen tres grandes métodos de tratamiento.

Inseminación Artificial

Se desarrolla mediante la introducción al útero de la mujer, el espermatozoides del varón; de esta forma sustituye la relación sexual que es el medio natural para lograr el embarazo, esta técnica se utiliza mayormente para sobrellevar casos leves de infertilidad en ambos sexos, respecto a su clasificación puede darse de manera homóloga; en esta situación el semen procede de la pareja de la mujer, por otro lado, de manera heteróloga, se procede a la obtención de semen de donante. Cabe recalcar que un problema grave que se despliega es la probabilidad de embarazos múltiples ocasionando parto prematuro o por cesárea, como también puede manifestar la hemorragia posparto o diabetes gestacional.

Fecundación in Vitro

Radica en el conjunto de intervenciones médicas comenzando en la obtención del óvulo y el espermatozoides fecundado en laboratorio reproduciendo las trompas de Falopio, hasta realizar posteriormente la implantación por transferencia del óvulo fecundado en el útero propio o adoptivo dirigido a su sucesivo desarrollo, siempre que no se produzca alguna inconveniente como un aborto o embarazo extrauterino.

Maternidad

Avendaño sostiene respecto a la maternidad:

El parentesco y la filiación siempre han estado afianzados a la madre. Un análisis etimológico lleva a encontrar sus orígenes en la voz *parents*, que significa madre de los dioses. Proviene de latín *parents* (padre o madre), participio activo del verbo *parere* (parir), de allí su descomposición *partus*, de la que se deriva la voz parentesco, parentela y parientes, es decir, individuos paridos por una mujer, evidenciando la primitiva descendencia matriarcal en las sociedades matrilineales. En esta la mujer es la esencia de la sociedad, ocupaba un lugar de honor y respeto aunque no necesariamente de dominio. (2013, p.292).

La maternidad puede ser comprendida desde diferentes aspectos a tomar en cuenta; en primer lugar, atendiendo a su significado etimológico, seguido por su significado gramatical, pasando por la definición desde un matiz biológico, y en último lugar por su considerado jurídico, tanto en la ley como en la doctrina.

Desde un punto de vista tradicional la maternidad es comprendida como una etapa propia y exclusiva de la mujer a consecuencia de un proceso biológico o de una adopción. No obstante, en nuestro presente, los progresos científicos y el adelanto de las TRAS han proporcionado los orígenes a novedosas conceptualizaciones sociales de maternidad, así como la de figuras jurídicas que propician una transformación en los parámetros habituales que precisan este concepto (Mir, 2010, p. 178).

Maternidad Subrogada

El término maternidad subrogada fue establecido por el abogado Noel Keene quien fundo la “Surrogate Family Service Inc” en la ciudad de Michigan en el año 1976 cuando abrió una agencia que ayudaba a parejas que se encontraban impedidas de concebir por lo que realizaba trámites jurídicos para la realización de esta técnica de fecundación artificial; al pasar los años la visión de apoyo solidario a las condiciones de estas parejas fueron sustituidas por otra perspectiva en donde se generó un interés económico y por ello se empezó a hacer referencia a los “vientres de alquiler” (López, 2012, p.257).

Es por ello que en la actualidad la maternidad subrogada es conocida también como arriendo de vientre, donación de útero, gestación subrogada, gestación por sustitución y vientre de alquiler. Sin embargo en la doctrina nacional e internacional muchos tratadistas concluyen que el término vientre de alquiler es desacertado pues vulnera los derechos humanos de las personas.

Se ha determinado como maternidad subrogada a la práctica por la que una mujer gesta a un bebé por convención o compromiso que establece deba ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de quienes se adjudicaran la paternidad o maternidad del mismo (Souto, 2006, p.182).

Conocida con diferentes términos como: gestación por sustitución, vientres de alquiler, maternidad intervenida o disociada entre otros; se comprende como el compromiso entre una

mujer llamada “mujer gestante”, la que accede someterse a técnicas de reproducción asistida con el intención de gestar a favor de una persona o pareja con quienes se compromete a entregarles el niño que lograrse nacer si generar un vínculo filial respecto a ellas si no en favor de la pareja (Scotti, 2012, p.274).

Se debe consagrar el termino gestación por encargo y no el de maternidad subrogada debido a que el primero es un locución que aborda de modo más completo y significativo el desarrollo de esta práctica, pues no solo son las mujeres quienes acceden a la realización de este técnica de reproducción asistida para ser madres, ya que los hombres, solos o en pareja homosexual recurren a ella para alcanzar la condición de ser padres (Vela, 2013)

Si observamos las nociones de manera unitaria de la expresión “maternidad subrogada”; la Real Academia de la Lengua Española los define del siguiente modo: maternidad, estado o cualidad de madre; y subrogar, sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.

Subrogación Homologa

La doctrina mayoritariamente considera que el tipo de maternidad subrogada homologa no genera problemas debido a que se realiza con gametos de la pareja, generalmente matrimonios consolidados o convivientes estables que otorga un respaldo jurídico a los nacidos por esta práctica a razón de la presunción pater est y la determinación de la maternidad por parto.

La investigación considera que este tipo no pugna con lo establecido en el Código Civil respecto al régimen filiatorio, del mismo modo no contraviene la dignidad del ser humano.

Subrogación Heteróloga

Este tipo supone el uso de gametos de una tercera persona de manera premeditada, de esta forma se produce la disociación de la paternidad o maternidad biológica, alterando la filiación que establece la ley y se realiza sin considerar los derechos constitucionales del menor, alterando su identidad y la posibilidad de conocer su descendencia biológica

Lalupú, respecto a este tipo señala lo siguiente:

[...] debería en una futura regulación, prohibirse como regla general, admitiéndose solo para casos excepcionales siempre y cuando la fecundación se realice al menos con los gametos de uno de los integrantes de la pareja, ya que esta técnica trastoca el principio filiatorio de verdad biológica o favor

veritatis, el derecho de identidad del menor, además de ser incompatible con el principio de unidad de la familia (2014, p.75).

El autor indica que las consecuencias de realizar este tipo de subrogación, propicia vulneraciones a los derechos del menor nacido por este tipo de subrogación, por lo que recomienda que frente a una posible regulación normativa se restrinja el acceso para su práctica, siendo solo de manera excepcional aplicable a aquellos que reúnan las características y condiciones necesarias.

La Maternidad Subrogada en algunas legislaciones Internacionales

La Maternidad Subrogada en el Derecho Comparado

Del Informe Preliminar emitido por la Conferencia de la Haya en fecha marzo de 2012 (Conferencia De La Haya, 2012), confirmado por el Documento Preliminar de marzo de 2014 (Conferencia De La Haya, 2014), comprende los escenarios posibles a la maternidad subrogada, los efectos jurídicos procedentes de la regulación legal del tema en el Estado extranjero en el que ha sido practicada su realización, por lo que entiende la Conferencia en su Informe las resoluciones extranjeras que expresan dichas situaciones deberían ser reconocidas por el Estado en el que se pretende su validez, aun cuando la regulación legal de éste último Estado no autorice, contemple, o prohíba esta práctica de reproducción asistida, sustenta su argumento a razón de la protección del interés superior del menor como bien jurídico de protección por encima del orden público.

Del informe en mención se desliga las siguientes posturas acogidas por las jurisdicciones internacionales respecto a la práctica de la maternidad subrogada siendo variadas cada una de ellas en sus lineamientos, pero pudiendo clasificarse de la siguiente:

Prohibición Expresa de la Maternidad Subrogada

Estas legislaciones mencionan que aquellos contratos que se establezcan en infracción a las normas que instauran la prohibición de la práctica serán sancionados con nulidad y no se exigibles del mismo modo, mayoritariamente estas jurisdicciones aplican sanciones penales para las partes implicadas e inclusive los terceros que actúan como intermediarios y que facilitaron el acuerdo. Respecto a los nacidos por esta práctica, la filiación de los niños se determina tomando en cuenta las normas del ordenamiento jurídico de cada país.

Falta de Regulación de la Maternidad Subrogada

La particularidad prominente de estos casos consiste en que pensé a no existir prohibición expresa, todos aquellos acuerdos de maternidad subrogada son nulos y no ejecutables, no encontrándose en obligación alguna de que la madre gestante entregue al niño al momento de su nacimiento. Estos Estados frente a la ausencia de regulación resuelven las controversias derivadas de la maternidad subrogada de acuerdo a las normativas que rigen los derechos de filiación y tomando en cuenta el principio del interés superior del niño en la toma de decisiones judiciales.

Admisión de manera restrictiva de la Maternidad Subrogada

Estas legislaciones manejan el tratamiento de las técnicas de reproducción asistida y en consecuencia lo relacionado a la maternidad subrogada, desde una perspectiva de solidaridad y apoyo a quienes quieren ser padres, por tanto su regulación se enfoca la maternidad subrogada de tipo “altruista”, quedando relegado todo tipo de contraprestación, la gestante no recibe dinero a cambio del compromiso, salvo acuerdos considerando los tratamientos médicos y de salud relacionado con el embarazo y posterior a ello hasta su recuperación. Mayormente para su ejecución se requiere que el varón o mujer que conforma la pareja aporte el material genético para hacer más viable el proceso.

Alemania

La ley de Protección del Embrión, n. 745/90 del 13/12/90 en su artículo 1.1 sanciona con pena privativa de libertad de hasta 3 años o de una multa quien “Transfiera a una mujer un óvulo no fecundado ajeno”, a su vez se desprenda más supuestos que son sancionados de igual manera como lo son “Realizar la fecundación de un ovulo para destinarlo a un fin distinto del embarazo de aquella mujer de la que proviene el ovulo”; “Emprender una fecundación artificial o transferencia de embrión humano a una mujer que esta presta a abandonarlo de forma definitiva a favor de terceras personas luego del nacimiento”.

Francia

Francia mantiene en situación de ilegalidad aunque en su práctica se han manifestado algunos casos al respecto. El Code Civil establece en su artículo 16-7 afirma que:

“Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”.

El Código Penal se manifiesta respecto a la maternidad subrogada en la Sección IV , De los atentados contra la filiación ; en sus artículos 227 -12 en el cual castiga como delito con un año de cárcel y una multa de 15 000 euros ,el hecho de hacer de intermediario entre una persona o pareja con deseos de tener un hijo con una mujer dispuesta a gestarlo ; y 227-13 , pena con tres años de prisión y una multa de 45 000 euros los casos de sustitución voluntaria , simulación u ocultación de datos , que dañarían la integridad o estado civil del menor. Lo establece como punible pues considera que la madre legal es distinta a la mujer que ha dado a luz, contradiciendo el principio de derecho *mater semper certa est*, que se encuentra vigente en Francia.

Brasil

Su legislación permite la práctica de la maternidad subrogada en parejas heterosexuales y homosexuales cuando se presenten casos medicamente justificados de infertilidad o esterilidad ,conjuntamente la persona que facilite su vientre debe tener un vínculo familiar con los padres de intención; tanto la madre gestante subrogada como la madre de intención no pueden superar la edad de 50 años , siendo los padres de intención quienes asuma los costos que se efectúen , lo que engloba el tratamiento de reproducción asistida , el proceso de embarazo y finalmente los del parto según lo dispuesto en la resolución CFM N°2.121/2015.

Argentina

Argentina no cuenta con una norma que regule las Técnicas de Reproducción Asistida, en consecuencia es difícil especular que la maternidad subrogada pueda estar consentida legalmente; en consecuencia, como resulta de la lectura del Código Civil Argentino en su artículo 243, tenemos que el principio *mater semper certa est*, sigue vigente; aunque es de considerar que este Código Civil está en principios de ser reformado íntegramente. No obstante, a la fecha existen cinco proyectos de ley que han sido presentados por distintos partidos los cuales pretenden regular y legislar estos procedimientos.

Proyectos de Ley con miras a una próxima regulación.

- ✓ Proyecto de Ley N° 5700-D-2016
- ✓ Proyecto de Ley N° 5759-D-2016
- ✓ Proyecto de Ley N° 3202-D-2017
- ✓ Proyecto de Ley N° 3765-D-2017

✓ Proyecto de Ley N° 5141-D-2017

Colombia

Colombia en igual modo no cuenta con una legislación especial respecto a la problemática que plantea el uso de la técnica de la Maternidad Subrogada, sin embargo en su Constitución Política, específicamente en su artículo 42 párrafo quinto, no solo reconoce la eventualidad de que existan niños que fueron concebidos mediante esta técnica, sino que también indica que tienen iguales derechos frente a los demás hijos, a lo expuesto:

“(…) Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.

Así mismo el Código Civil Colombiano mantiene la presunción *mater semper certa est*, recogido en el artículo 92 y el cual no ha sido modificado desde su formulación en 1887.

Chile

No cuenta con legislación específica para abordar el tratamiento sobre Técnicas de Reproducción, pero se puede tomar algunas referencias importantes como lo expuesto en el artículo 182 de su Código Civil, el cual menciona:

El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta. (2009, p.31)

A lo expuesto podría considerarse que su legislación faculta el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida.

A su vez el Código Sanitario recoge en su artículo 145 lo siguiente:

Los órganos o tejidos de un donante puede ser utilizados en otra persona siempre que sea a título gratuito y con fine terapéuticos, por lo que en igual medida se podría suponer que la donación de óvulos o esperma estaría consentida. (2011, p.35)

Sin embargo el artículo 183 del Código Civil, observamos que al igual que la mayoría de países latinos se valora el principio “*mater semper certa est*”, refiriendo que:

“La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil” (p.31)

Cabe resaltar que una iniciativa del Partido por la Democracia presento un proyecto de ley con fecha 29 de Noviembre de 2017 en el que busca una autorización regulada para la práctica de la maternidad subrogada tanto como parejas o personas solas teniendo un carácter altruista y solidario enfocado solo a que, quienes puedan recurrir a ellas sean ciudadanos chilenos residentes en el país entre edades de 25 a 45 años.

Finalmente el presente abril de 2018, la jueza Macarena Rebolledo emitió un fallo en el que otorgo la paternidad a quienes otorgaron sus genes y no a quien dio a luz marcando un precedente respecto a esta problemática.

Portugal

En Agosto de 2016 el país luso promulgo la ley 25/2016, la cual entro en vigencia en Agosto de 2017 y la cual establecía las condiciones para aplicar la gestación por sustitución la cual se encontraba prohibida hasta entonces, sin embargo el 24 de abril de 2018 el Tribunal Constitucional decidió declarar inconstitucional la norma que legalizaba el uso de vientres de alquiler considerando que se vulneran principios y derechos constitucionales tanto de la madre gestante como del menor.

Suecia

En el 2014 el Comité Nacional de Bioética suscribió un informe en que se examinaba la posibilidad de regular la práctica de la maternidad subrogada de manera altruista.

A su vez en el 2016, se presentó el informe Wendel elaborado por una comisión multidisciplinaria y en el que se concluyó que la maternidad subrogada no debe ser legalizarse bajo ninguna de sus formas.

Canadá

Cuenta con una de las legislaciones más favorables estableciendo un modelo altruista y prohibiendo cualquier tipo de contraprestación económica que no sea la de los gastos de

embarazo, en igual medida prohíbe que cualquier agencia publicite sus servicios y/o que cualquier persona actúe como intermediario en el proceso. La ley de Reproducción Humana Asistida aprobada el 2004 es aplicable a cualquier modelo de familia, parejas heterosexuales, homosexuales o personas solteras de cualquier sexo; de igual aplica para los extranjeros que quieran recurrir a ella. Otorga seguridad a los padres de intención debido a que la filiación es determinada por sentencia judicial antes del nacimiento además que el niño adquiere la nacionalidad canadiense y la de sus padres si son extranjeros. Está normativa se aplica en todas las provincias canadienses a excepción de Quebec en donde se considera nula.

España

España presenta una situación particular debido a que cuenta con una innovadora ley sobre técnicas de reproducción asistida a diferencia de muchas otras legislaciones europeas. De esta manera la práctica de la maternidad subrogada gestación por sustitución como la llaman, se encuentra prohibida según lo expuesto en el artículo 10 inciso 1 de la ley 14/2006 el cual refiere a la Gestación por Sustitución lo siguiente:

“Sera nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero” (Ley Núm. 14/2006, España, 26 de mayo de 2006).

Se colige de lo expuesto en el párrafo anterior que, la nulidad del contrato emana de la ilicitud de su objeto debido a que los hombres se encuentran fuera de la esfera de comercio por contravención a las buenas costumbres. Asimismo la nulidad no conlleva a ninguna sanción administrativa como tampoco tiene repercusión penal.

Italia

La legislación italiana elaboro el 19 de Febrero de 2004 la Ley N° 40 “Reglas sobre procreación medicamente asistida” publicado en la Gaceta Oficial el 24 de Febrero de 2004, enfocada en la procreación medicamente asistida.

A razón de esta normativa es factible colegir las prohibiciones que adoptan en relación a la maternidad subrogada, por lo que se prevé una pena de reclusión que oscila entre los 3 meses

hasta los 2 años acompañado de una multa que va desde los 600 000 y 1 000 000 euros.

Artículo 12, inciso 6:

Quien, en cualquier forma, se da cuenta, organiza o publicita la comercialización de gametos o embriones o la subrogación de la maternidad es castigado con prisión de tres meses a dos años y con una multa de 600, 000 a un millo de euros. (Ley N° 40, Italia ,19 de febrero de 2004)

La ley citada se sostiene a razón del principio *mater semper certa est*, así como de su Constitución que tutela la dignidad de la persona.

Reino Unido

Las naciones de Inglaterra, Gales e Irlanda el Norte regulan la práctica de la maternidad subrogada, al respecto cabe destacar que en 1985 se aprobó la primera norma respecto a la materia “*Surrogacy Arrangements Act*”, en ella no se prohibía la práctica ni se aplicaba sanción alguna , condenando únicamente la negociación de acuerdos lucrativos. En 1990 se introdujo la posibilidad de que la gestante pudiese conservar al niño en caso cambie de parecer.

India

En octubre de 2015 se presentó ante la corte suprema un proyecto elaborado con el fin de aplacar el arribo masivo de extranjeros en la búsqueda de una gestante que le posibilite tener un hijo. Siendo el 21 de noviembre del 2016, *Surrogacy Bill* fue aprobada, situación que obliga a todos los extranjeros que quieran recurrir a la maternidad subrogada, el acreditar mediante un escrito por intermedio de su embajada que dicha práctica también es reconocido en su país y en igual medida acreditar que llevan como al menos 5 años de casados, únicamente permitido para matrimonio heterosexual.

México

En México la regulación se ha llevado a cabo en los siguientes Estados: Sinaloa, en este Estado se permite la práctica siempre que exista incapacidad médica para poder gestar; Tabasco, en el que se consiente la práctica de manera altruista en parejas heterosexuales mexicanas, no estando disponible para extranjeros; Coahuila, prohíbe su práctica; Querétaro, la prohíbe en circunstancias de adopción de embriones. A su vez en los Estados de Jalisco y el Distrito Federal se han llevado propuestas para su regulación siendo rechazadas, por ello sigue sin tener una

regulación. Finalmente en los estados de Monterrey, Veracruz, Guanajuato, Baja California y Baja California Sur no hay ley para esta práctica.

Uruguay

Su legislación regula lo pertinente a la reproducción asistida acorde a la ley 19.167 que fue promulgada el 05 de Mayo del 2015, en ella se establecen parámetros que deben cumplir quienes buscan acceder a ella, esta nación regula de manera adecuada la gestación subrogada de manera excepcional en donde la persona que incurre a solicitarla debe demostrar su condición genética impositiva y el equipo de realización de esta práctica debe emitir un diagnóstico que se eleva a la Comisión Honoraria de Reproducción Asistida, permitiéndosele superada esta etapa acordar con un familiar hasta en segundo grado de consanguinidad o el de su pareja, el proceso de implantación y gestación de su propio embrión, cabe mencionar aquel que sea formado como mínimo por un gameto de la pareja. Esta ley desarrolla en su artículo n° 10 lo competente al interés del menor, en el cual menciona que los nacidos mediante esta práctica tienen el derecho de conocer el procedimiento obrado para su concepción.

Posición de la Doctrina respecto a la Maternidad Subrogada

Estos arreglos donde hay una remuneración económica, además de ser denigrante para la mujer que lleva el proceso de gestación por encargo y para el niño, constituye un modelo de utilización de las mujeres pobres por parte de las personas y compañías que se proponen aprovecharse con su capacidad reproductiva, pero admite esta práctica cuando los fines son altruistas por la solidaridad que lleva implícita planteando la figura de cesión de útero (Mosquera, 2012, p.61).

El autor manifiesta su oposición, fundamentando que la participación de una tercera persona en el desarrollo de la procreación humana, deduce un ataque devastador a los valores fundamentales de la institución del matrimonio, agregando que al realizar esta técnica se favorece los intereses de los futuros padres dejando de lado a la criatura, pretendiendo transformar al niño en un ente de propiedad; siendo que de él no se puede decidir ni pactar acuerdos al respecto (Valverde, 2011, p.110)

La potencial y lamentable división de la maternidad y la paternidad se torna más desarrollada en la fecundación in vitro con transferencia de embrión heteróloga, para sostener su licitud debe

ignorarse al personaje principal del proceso de gestación; el hijo, con sus legítimos e irrenunciables derechos para solo tener en cuenta los requerimientos de la persona o la pareja conyugal (Torres, 2014,75)

Situaciones como la que proyecta la maternidad subrogada, genera una comparación entre el conjunto de principios y valores que se protegen a nivel nacional del conjunto de principios fundamentales que tienen preeminencia a nivel internacional. Por tal sentido, restringir de esta forma la validez de los acuerdos de maternidad subrogada representaría para muchos, lesionar la circulación entre naciones, debido a que la persona o parejas solicitantes de la práctica se verían desprotegidas si aquella filiación que se les reconoce en un legislación que sí se permite la maternidad subrogada, se considera inexistente en otro o prohibida. (De Toledo, 2014, pp.22).

Los doctrinarios nacionales e internacionales respecto de esta materia señalan que es preciso que conste de manera clara un posicionamiento sobre su prohibición o regulación , el problema de ese posicionamiento que debe tomar nuestra legislación radica en la protección de los derechos inmersos y que a pesar de no tener un apoyo constitucional directo, demandan un amparo jurídico del universo de principios y valores que conforman nuestro sistema constitucional y que son fundamentales para el orden público nacional como internacional.

Supuestos de Reproducción Asistida en casos de Maternidad Subrogada

Tabla 1. Supuestos de Reproducción Asistida en caso de Maternidad Subrogada

ÓVULO	ESPERMA	UTERO
<i>Pareja</i>	Pareja	Subrogado
<i>Anónimo</i>	Anónimo	
<i>Pareja</i>	Anónimo	
<i>Anónimo</i>	Pareja	

Fuente: Garcés (2016)

Ovodonación

La mujer al presentar una deficiencia ovárica se ve impedida de generar óvulos, pero le es posible llevar el proceso de gestación por lo cual requiere de una mujer que le conceda óvulos. En esa situación la madre biológica es diferente a la madre gestante.

Embriodonacion

Es una situación de infertilidad completa en donde la mujer no produce ovulo y no logra gestar, a su vez el hombre es infértil por lo que debe recurrir a una cedente de esperma y una mujer que quiera realizar el embarazo. Es una situación particular de procreación humana total en donde se aboca una cuestión de multigeneración humana en la medida que el embrión viene a ser de una pareja que lo otorga, el cónyuge es una persona infértil, y el embrión es gestado por su mujer. La madre procreante se diferencia por tal razón de la gestante sumándosele el inconveniente de la paternidad que no le concernirá al marido.

Los Derechos Sexuales y Reproductivos

Estos derechos se trataron en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo llevada a cabo en El Cairo en el año 1994 en donde se afirmó que los derechos reproductivos implican irrefutables derechos humanos que están reconocidos en las leyes nacionales y en los documentos internacionales sobre derechos humanos, de igual modo en documentos pertinentes de las Naciones Unidas, estos derechos se cimentan en la afirmación del derecho cardinal de todas las personas a satisfacer de manera libre la cantidad de hijos que quieren traer al mundo y a utilizar la información y los medios para ello conjuntamente al derecho a obtener el nivel más benéfico de salud sexual y reproductiva.

Siendo el apartado 7, el denominado Derechos Reproductivos, donde se trata la salud sexual y reproductiva así como la planificación de la familia. A su vez el apartado 7.2 puntualiza de manera adecuada lo que es salud reproductiva y salud sexual de manera global; siendo así la salud reproductiva concierne el bienestar físico, material y social y no solo es la ausencia de enfermedades o dolencias en todos los aspectos conexos con el sistema reproductivo, funciones y procesos. Por consecuencia, compete la idoneidad de regocijarse de una existencia sexual placentera en las que no se presenten peligros de procrear y la autonomía de disponer cuando, con que periodicidad y cómo hacerlo.

Mary Warnock, asume una postura muy directa en razón a la fecundación asistida y quien además presidió la Comisión conocida por su nombre en Inglaterra, formula lo siguiente ; la procreación no es una necesidad primordial por lo que no puede concebirse una necesidad de satisfacción como lo sería frente a una situación de desnutrición ; no puede catalogarse a la

reproducción como un derecho fundamental ni mucho menos como una necesidad universal, para indicar posteriormente que nadie puede convenientemente exigir el derecho legal a la reproducción asistida, menos aún exigir lograr de forma exitosa el intento de traer un hijo al mundo, agregando en definitiva que debemos evitarnos el riesgo de enredar lo que es anhelado con aquello que es un derecho (Warnock, 2004, p.35,65,130)

La capacidad de procrear que tienen las personas no es ilimitada debido a que se debe perpetrar conforme a incuestionables pautas básicas .Siendo parte de estas la custodia, el respeto y la consideración que se debe de asumir con aquella vida que ha de procrearse.

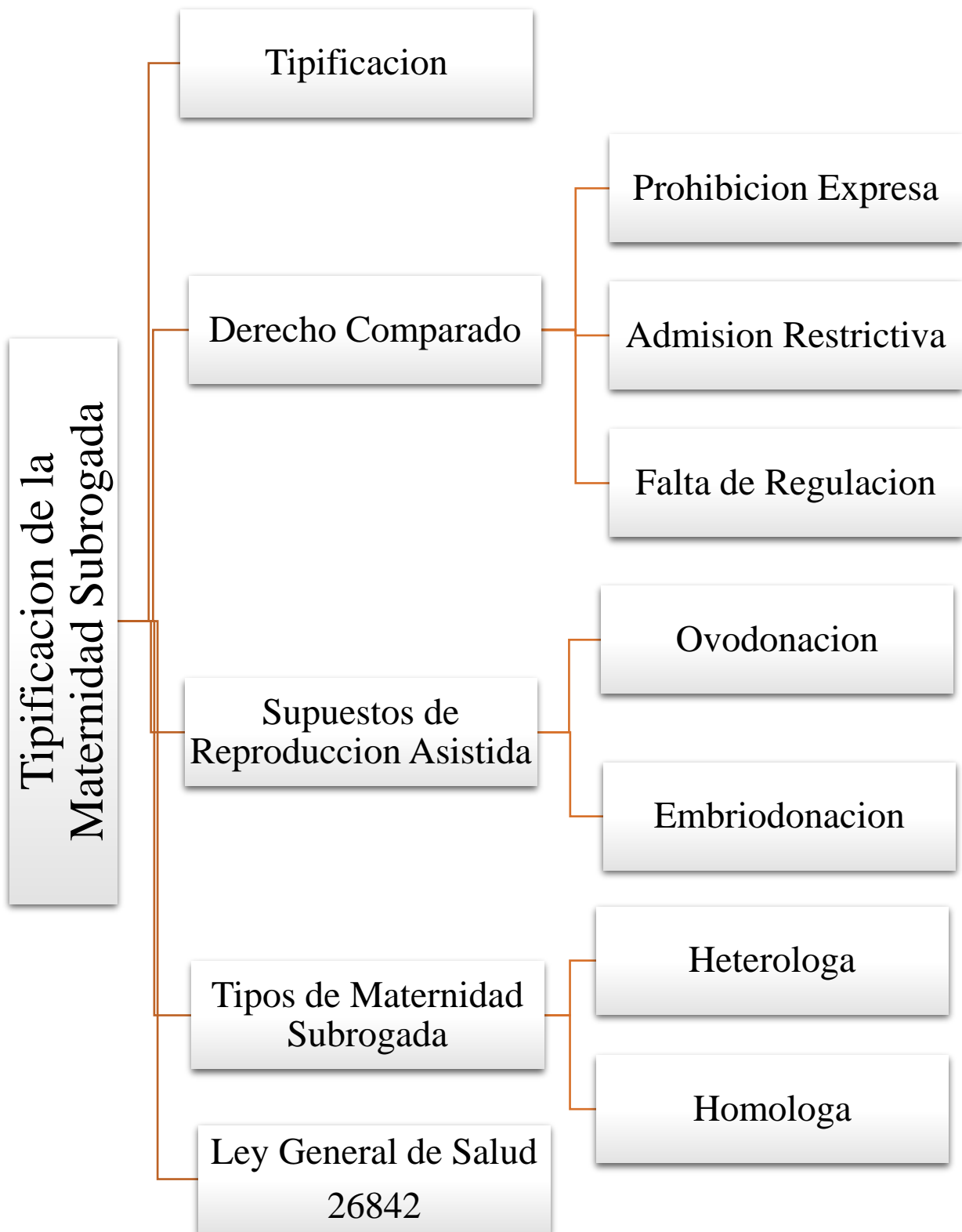
Ley General de Salud (ley 26842)

El artículo 7 de la Ley General de Salud indica lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos, con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

Del presente artículo podemos comprender que permite el tratamiento de la infertilidad así como el procrear mediante las técnicas de reproducción asistida (TERAS) , no siendo un requisito previo , ni indispensable el tratamiento de la infertilidad para recurrir a dichas técnicas, pues se puede acceder a ellas de manera directa , considerando que siendo supletorios al tratamiento de infertilidad , nuestro marco normativo debería incorporarse la previa exigencia de comprobar que hubo agotamiento de tratamientos previos para la utilización de las TERAS.

Se ha fundamentado que la disposición procura relegar la maternidad subrogada, tornándose la medida ineficiente pues puede concurrir la madre genética y la gestante en casos donde se utilice espermatozoide del varón de la pareja o de un donador anónimo, de igual modo el permitirse la fecundación heteróloga con material genético del varón e impedir el de la mujer ocasiona una discriminación por razón de género y por último el requerir el consentimiento expreso de los padres biológicos ; respecto al varón donante anónimo de esperma , se le estaría exigiendo a este que asuma responsabilidades (Severino, 2010 p.31).



Fuente: Elaboración Propia.

Derecho a la Dignidad

Los derechos fundamentales de la persona poseen como propósito la defensa unitaria e integral de la persona en debido a que es un ser que posee dignidad. Es esta dignidad la que acredita y argumenta los derechos fundamentales de la persona y la utiliza de fundamento; por ello el artículo 3 de la Constitución instituye que los derechos de la persona no se circunscriben a solo aquellos manifiestamente normados por el ordenamiento jurídico sino que su resguardo llega a aquellos que sin hallarse en este contexto, se fundan en la dignidad del hombre (Fernández, 2005, “La Constitución Comentada”, párr.3)

En la práctica de la técnica de maternidad subrogada es imprescindible el uso de la inseminación artificial o fecundación in vitro mediante el cual se fertiliza un grupo de óvulos, de los cuales son escogidos algunos de ellos para ser implantados en el útero materno, con la expectativa de que alguno de ellos en el proceso de embarazo se logre gestar el feto , pero la ilicitud jurídica no concluye aquí debido a que los embriones restantes son puestos en un estado de congelamiento (crioconservados) permaneciendo en manos de las personas que los manipulan y si en algún momento llegan a implantarse en otra persona posteriormente, así el embrión es reducido a la categoría de “cosa” u “objeto”, pasa a ser tratado como un medio para acceder a la obtención de aspiraciones o finalidades de otras personas ,por lo que dichos procedimientos le expone a graves problemas de muerte, se atenta contra su dignidad de seres humanos que de ninguna manera consiente ser tratado como cosas susceptibles de almacenamiento e intercambio. Por esta razón el embrión humano debe ser tutelado de modo afín como el ordenamiento salvaguarda a la persona nacida, lo cual descarta toda manipulación que transgreda su derecho desarrollarse y nacer.

Concebido como Sujeto de Derecho

La concepción puede ser entendida desde diversos términos.

“Unión de los materiales suministrados por ambos sexos en el acto procreativo, para la formación de un nuevo ser” (García Calderón, 2003, p.501).

El Diccionario Enciclopédico de Derecho del autor Cabanellas, define a la concepción en 3 aspectos:

El acto de la fecundación y comienzo del proceso vital [...] fisiológicamente, la concepción se efectúa en el momento en el cual la cabeza del espermatozoide penetra en el ovulo. La concepción no es inmediata a la copula carnal: pues a veces puede transcurrir algún tiempo desde esta al instante en que el espermatozoide, o elemento masculino fecunda el ovulo o elemento femenino. [...], jurídico, desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas [...]. (1981, p.253)

La Constitución de 1993, al igual que la reglamentación civil admitió la teoría de la subjetividad la cual discurre al concebido como “sujeto de derecho” comprendido como centro de imputación de deberes y derechos vinculado al ser humano, siendo una idea que en su momento carecía de antecedentes legislativos. El jurista Fernández Sessarego no considera al concebido persona natural, en cuanto no se ha derivado el hecho concluyente del nacimiento, sin embargo, lo considera, al concebido, como “un sujeto de derecho diferente e independiente, un centro de referencia de derecho que comienza al momento de la concepción y hasta el de su nacimiento” (Fernández, 1998, p.28).

De este modo revalido el descarte de la vieja teoría de la ficción que suponía al concebido como una parte de la madre, para el autor previamente mencionado, la teoría de la ficción era incomprensible por lo que respecto a esta teoría señala que “el concebido es lo que no es – nacido – y cuando es, ya no es – concebido – desde que es persona natural. Es decir, que es y no es al mismo tiempo” (Fernández, 1997, p.68)

Derecho a la identidad

Derecho Humano fundamental que corresponde a los derechos de Primera Generación, vinculado de manera intrínseca con la dignidad humana, consiste en el reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos y responsabilidades; siendo parte de una sociedad y una familia que le otorga un nombre, apellido, un territorio y una nacionalidad conformando su pertenencia a un estado individualizándolo de otros.

Domínguez Guillen, refiere:

La identidad supone la necesidad de un ser único e irrepetible en toda su extensión. Este importante derecho sobrepasa el atributo del nombre, el cual solo constituye un elemento del derecho a la identidad. Este último, según la doctrina supone el respeto a la verdad biográfica de la persona. (2006, p.510).

El derecho a la identidad ha sido instituido desde que en el sistema de fuentes interno se afianza la Doctrina internacional de los derechos humanos, como un derecho humano personalísimo de consideración especial debido a que se desarrolla en el acontecer de la persona. Por ende la identidad puede ser comprendida como un proceso o camino que se forma con la concepción y termina con la muerte, estando la verdad biológica como el primer eslabón de esta cadena y no como el único aspecto a tomar en cuenta en el concepto de este derecho. Siendo así el imperativo del amparo jurídico de la persona abarca todas las manifestaciones de su esencia y de su desenvolvimiento, no solo comprende su realidad biológica, sino también lo vinculado al aspecto espiritual y social.

La identidad advierte poder desplegar facultades para alcanzar cada uno su propia verdad personal, siendo en la identidad el bien jurídicamente protegido

Los conceptos de doctrinarios como De Cupis, Fernández Sessarego, Cifuentes, Zavala de Gonzales, Ferrer, entre otros, conceptualiza a la identidad, como todo aquello que hace que cada sujeto sea “uno mismo” y no “otro”, que a cada uno se lo defina a razón de su “verdad personal” sin ocultaciones, alteraciones o falseamientos, y en que se incluyen los aspectos estáticos y dinámicos.

Clases de Identidad

Conforman este derecho fundamental 3 aspectos claramente diferenciados

Identidad Estática. Comprende todo aquello que no varía con el transcurso del tiempo existencial, los datos siempre son invariables como nuestro código genético o nuestro nombre, características étnicas y físicas, datos filiatorio que nos diferencian de los demás sin mayores problemas, por tanto son aquellos atributos con los que se nos reconoce en el contexto social.

La identidad no se agota con el aspecto estático, este aspecto solo es una parte de la verdad personal del sujeto

Identidad Dinámica, entendida como aquella que se despliega en el tiempo y que a partir de la concepción se desarrolla con el correr de la existencia, configura la personalidad del individuo por múltiples aspectos mediante un proceso auto creativo que manifiestan y expresan lo ideológico y cultural, una construcción social de sus pensamientos, noción del mundo, postura

religiosa, opinión y actitud política; es decir todo lo que comprende al sujeto como el ser que es y no otro, la imagen que proyecta a la sociedad.

En nuestra doctrina, diversos juristas se manifiestan al respecto como Juan Espinoza Espinoza, quien sostiene que el hijo adoptado, así como el nacido por las TRAS, tienen derecho a saber y conocer quiénes son sus padres biológicos al momento de cumplir la mayoría de edad para garantizar la defensa de sus intereses, como el de su salud en caso requiera algún trasplante de órgano y necesite de algún familiar biológico que de manera altruista se lo conceda (Espinoza, 2012, p.107).

A su vez Vanessa Cabrera Palomino realizó un estudio sobre la donación de óvulos en nuestro país a lo que argumenta; que está comprobado que con la práctica del procedimiento de ovodonación de las técnicas de reproducción asistida se atenta el derecho a la identidad del nacido, derecho que debe sobreponerse a los de intimidad o privacidad de los padres (Cabrera, 2013, p.105).

Este derecho está recogido en nuestra Constitución Política en el artículo 2, inciso 1.

La identidad como un derecho fundamental resguarda a la persona de manera en que la constituye un oportuno reconocimiento de quien y como es, comprendiendo numerosos aspectos de la persona que parten desde lo físico y biológico englobando lo concerniente a su herencia, genética, a sus características corporales entre muchas otras, y hasta aquellas de superior desarrollo espiritual en razón a su ideológica y cultura, sus valores, su reputación entre otros. (Rubio, 1999, p.127).

De igual modo hay que tener presente el impacto psicológico y social que repercutiría en el hijo, quien al tomar conocimiento de las contextos en la que fue concebido, considerando que si ya es dificultoso asimilar una adopción, es predecible que los nacidos por subrogación pasen conflictos similares o superiores para asimilar su origen (Beliver, 2015, p.17)

El ser humano a efectos de su dignidad y por ser autónomo; excluye la injerencia en sus decisiones y a la vez libre; dirigiendo su propia vida y forma de actuar, constantemente se crea, se construye, siendo de tal modo único e irrepetible de esa manera se vuelve un ser con propia identidad, formando su propia biografía pero a su vez y de manera fundamental es el derecho a

ser reconocido por el otro como quien se es, en conclusión el derecho de ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien se es (Siverino, 2010, p.60)

En el derecho fundamental a la identidad tanto en el derecho comparado como en el derecho nacional, se suele diferenciar entre una faceta estática y una dinámica. La faceta estática corresponde a la realidad biológica o genética de la persona humana ; refiriéndose a la verdad biológica , aquella que inicia a partir de la vida misma y no cambia a lo largo del tiempo comprendiendo al nombre , lugar y la fecha de nacimiento , la realidad genética entre otros , pudiendo de manera excepcional modificarse alguno como el nombre mediante pronunciamiento judicial; la faceta dinámica complementa a la primera y es la que sufre variación con el paso del tiempo como lo son el carácter físico y demás atributos que construyen la personalidad del ser , aquellos de índole político , cultural , religioso (Agurto, Quequejama y Ariano, 2015, p.64).

Este derecho involucra la identidad psicológica, social, cultural e igualmente la biológica e histórica, ya que de esa manera se funda su única historia personal, primordial para conocer su origen, la búsqueda de sus raíces que le den razón a su presente y el reencuentro con su historia individual y grupal irrepetible la que debe ser respetada y protegida de modo especial debido a que es esencial en las primeras etapas de la vida en donde se forja la personalidad.

Filiación

La filiación no ha sido recogida como un derecho fundamental que goce de autonomía y tenga respaldo jurídico por nuestra legislación , sin embargo forma parte del derecho a la identidad , de esta manera entendemos que la filiación crea parentesco ; es decir, una relación paterno – filial , relación que se extiende a los miembros de la familia.

Baquiero, E. señala que:

La filiación crea el parentesco consanguíneo en línea recta, en primer grado, de aquí que por paternidad y filiación jurídica debemos entender la relación jurídica creada entre los progenitores, padre y madre y su hijo, a los cuales la ley atribuye derechos o deberes entre los progenitores.(1990, p.179).

En el Código Civil de 1936, se especificó en legítimos a aquellos hijos nacidos en matrimonio, caso contrario eran los ilegítimos si el nacimiento se daba sin matrimonio, ello no solo hacia

una diferenciación descriptiva sino que además reconocía mejores derechos, como el sucesorio que otorgaba el doble de la masa hereditaria para aquellos nacidos en matrimonio que aquel que no lo era.

El Código de 1984 plantea otra noción en base a la igualdad de todos los hijos frente a la ley, sin embargo los diferencia en hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Nuestra Constitución Política actual, recoge el trato igualitario de los hijos y prohíbe toda alusión sobre el estado civil de los padres así como de la naturaleza de la filiación de los hijos en el registro civil y cualquier otro documento de identidad; sin embargo es necesario señalar que se hace necesario una clasificación especial para articular el correcto ejercicio de los derechos de las nuevas instituciones familiares, ya que se presentan conflictos y las medidas jurídicas que derivan se fundamentan en criterios dispares para unos y otros, fundamentados en la situación actual de los hechos como en el caso de los nacidos por técnicas de reproducción asistida.

Sobre la filiación Aguilar, B. expresa lo siguiente:

Al lado de la filiación natural, producto de la relación íntima entre un hombre y una mujer, y una mujer; y como consecuencia de ello, la concepción de un hijo, y luego de su alumbramiento, existen otras formas de procrear, que no necesariamente pasan por la filiación natural a la que hemos hecho referencia, sino que usando la ciencia (técnica de reproducción asistida) se genera vida, incluso en una de sus variables de estas técnicas, vida extracorpórea, (fecundación artificial in vitro), sin embargo tanto en la filiación natural como recurriendo a la ciencia, lo cierto es que la vida, se va gestar cuando se fusionen el gameto masculino (espermatozoide) con el gameto femenino (ovulo). (2018, p.95).

Como señala el autor previamente citado, las prácticas de estas nuevas formas de engendrar generan indubitables nuevas situaciones respecto a la condición filiatoria de sus miembros, situación que no siempre ha recibido un trato igualitario y han visto sus derechos condicionados por no tener asidero jurídico que responda a la ausencia legal.

Los vínculos de parentesco son diversos y múltiples asumiendo variado origen e intensidad, estos se desarrollan como una relación o conexión familiar cierta entre dos o más personas conforme a su naturaleza (consanguinidad), de un acto jurídico matrimonial (afinidad) o de la propia voluntad de la persona (reconocimiento, adopción o posesión constante de un estado). De estas relaciones parentales, la más significativa y la de mayor categoría, es la filiación, y se

entiende esta, como la relación jurídica parental existente entre el padre y su hijo (Varsi, 2004, p.87).

Siendo comprendida como el vínculo jurídico que se constituye entre dos personas siendo una descendiente de la otra a consecuencia de hechos biológicos o de actos jurídicos una relación de la que emanan un conjunto de derechos y obligaciones.

Nuestro ordenamiento jurídico considera dos formas tradicionales siendo la primera la filiación natural derivada de la procreación, aquella que se genera de padres a hijos y no hay problema alguno; por otro lado la filiación legal es aquella que se adquiere mediante la adopción legal dándose como ejemplo aquella situación en el que un menor en estado de abandono pasa a formar parte de terceros que accedieron a ser sus padres. Los hijos adoptivos pueden decidir revertir esta filiación legal al adquirir la mayoría de edad y desprenderse de este vínculo legal con quienes lo adoptaron sin perjuicio de retomar sus relaciones con sus padres biológicos debido a la facultad que se les brinda por la carencia de verdad genética, posibilitando al adoptado elegir por no seguir siendo parte de su familia adoptiva.

Filiación Biológica

En este tipo de filiación no hay duda sobre la relación paterna o materna filial, llegado un cuestionamiento de tal relación sería fácilmente demostrarlo mediante una prueba de ADN. Esta filiación acaba formando familia, al instituir la relación entre padres e hijos, o madres e hijos y no termina en ellos sino que se extiende a los parientes consanguíneos del padre o la madre teniendo el hijo vínculo de parentesco con los parientes consanguíneos de sus padres.

Filiación Legal

La filiación legal, es la que establece la normativa actual, aun cuando ella no recaiga en la realidad biológica del padre o madre; también es reconocida como filiación jurídica referida al vínculo que relaciona a quienes ante la ley figuran como padre, madre e hijo, habitualmente este tipo de filiación va corresponder a la filiación biológica, pero pueden presentarse excepciones que discutan esa paternidad matrimonial, ya sea el caso podemos estar frente a una filiación legal, cuando se ha realizado una inseminación artificial heteróloga; aquella situación en que la mujer casada ha fusionado su óvulo con semen de otra persona que no es su marido frente a tal circunstancia la mujer casada procreara un hijo que biológicamente no es de su marido y sin

embargo a nacido en matrimonio, frente a esa situación tal hijo legalmente será de su marido, sin embargo la decisión que tome el padre legal sobre la aceptación o no de este método para que se promueva esta fecundación heteróloga.

De esta manera la correspondencia entre filiación biológica y jurídica no admitiría graves contrariedades si el parentesco biológico fuera en sí mismo evidente. Sin embargo a causa del progreso de la medicina, el progreso de las técnicas de reproducción humana asistida o situaciones extrínsecas, ello no siempre es así (Torres, 2014, p.186).

Filiación Social

Es un concepto nuevo abordando en base al principio del interés superior del niño que responde a una realidad que se viene manifestando con mayor frecuencia. Quien se ejerce de padre de un hijo no lo es biológicamente, corroborado con la prueba de ADN respectiva, pero cumple aquellas funciones de padre y asume todas las responsabilidades como tal desempeñando tal rol porque así lo concibe y porque ello le resulta considerablemente favorable al hijo, las circunstancias en las que puede presentarse el padre social son varias, así tenemos al hijo tenido por una mujer casada pero que no es de su marido, sin embargo y la ley presume, termina siendo el padre legal aquel que no ha interpuesto negación de tal paternidad, sino que con conocimiento que aquel niño no es su hijo lo asume como tal; o el varón que reconoció a un hijo y que después de transcurrido un tiempo se comprueba que no es padre biológico, sin embargo no impugna ese reconocimiento, sino que trata al menor como si fuera su propio padre. En los mencionados el factor común es que la acción de esos padres que la sociedad percibe como verdaderos padres (padre social), es largamente providencial para el menor pues este lo reconoce así y crea una relación muy favorable con quien figura como padre y que va a redundar en el desarrollo integral del menor.

Por lo tanto el padre social es una verdad a tomar en cuenta a fin de que la prueba biológica no se acepte de forma absoluta, sino que se tome a consideración situaciones en las que es adecuado conservar al padre social para con el hijo social.

Siguiendo a Aguilar, B. (2017) quien mantiene una opinión respecto a tal figura, manifiesta:

En la circunstancia de litigio entre el padre social y biológico, y este último, acudiendo a la prueba científica del ADN, el éxito a no dudar está para el padre biológico, empero, creemos que, una decisión del juez, no necesariamente debe pasar por quedarse con el resultado de la prueba científica, sino que se deben considerar otras circunstancias, como por ejemplo, si al tiempo de plantearse la

demanda, la convivencia del hijo con el padre social tiene larga data, si esa convivencia le resulta favorable al menor, la opinión de este; todos estos criterios tiene que tener en cuenta al momento de emitir su fallo, y al final pronunciarse por lo que mejor interesa y conviene al menor, y si ello recomienda que el padre social siga al frente del menor, entonces sin perjuicio del valor probatorio del ADN, deberá continuar la convivencia del padre social con su hijo social, pudiendo establecer un régimen de visitas a favor del padre biológico.

Como señala el autor es de considerar la figura de este concepto nuevo para aquellas situaciones en las que se deba priorizar el principio del interés superior del niño en la medida que ya se ha generado una figura paterna o materna y que atentar contra esa concepción del menor sería perjudicial para su desarrollo personal relación a su identidad personal. Por ende la jurisprudencia se ha manifestado de manera adecuada en aquellas situaciones donde se ha presentado conflictos de este tipo.

Sobre el principio “mater semper certa”

La orientación es que la paternidad se asienta en la verdad genética, pero no se ha extendido el mismo perfil en el caso de establecer la maternidad, ya que universalmente se considera que madre es quien da a luz (Varsi, 1995, p.434).

Las jurisdicciones de diversos países tratan de conservar la unidad de identidad entre la mujer que da a luz, y la genética del niño por lo que debe al rechazo de la gestación por sustitución.

Entendiéndose que se presenta una relación de doble sentido pues, mientras que la costumbre tan enraizada logra que aún se equipare “el suceso biológico del nacimiento con el estatuto de la correlación jurídica de filiación” materna (Pérez De Castro, 2014: 330). De tal manera que la no aceptación de la técnica del “alquiler de vientres” procura abrigar el criterio histórico, para que su argumento no carezca de completo sentido (Ambrosio, 2015, p.43).

Derecho a la Integridad

El Derecho de Familia desde su campo de acción otorga protección a los miembros que constituyen una familia , razón de ello es que busca tutelar a las mujeres y a los menores dado su condición de vulnerabilidad por sus características físicas y el factor edad , presentada la problemática que aborda las diversas esferas socio económicas del mundo , debido a que la problemática tratada es una figura que trasciende fronteras y busca asidero para su práctica en

legislaciones donde el vacío legal facilita su práctica o en donde la permisividad de los Estados no establecen normativas explícitas restrictivas para extranjeros y clínicas que se establecen en la región y en la clandestinidad efectuando la práctica si ningún tipo de fiscalización.

De esta forma, el derecho a la integridad personal se encuentra vinculado con el derecho a la salud, en lo que concierne que este último tiene como objeto el desenvolvimiento normal de todas las funciones biológicas y psicológicas del ser humano; siendo así un estado necesario para el desarrollo existencial y un medio fundamental para lograr el bienestar individual.

Sobre este derecho fundamental Álvarez enfatiza que:

El derecho a la vida se prolonga en el derecho a la integridad física y moral. En efecto, el reconocimiento y defensa que el texto constitucional consagra a la vida humana, no supone llana y elementalmente la constitucionalización del derecho a la mera existencia, sino que abarca la responsabilidad de asegurar que esta se despliegue con dignidad. Por ende, necesita y exige condiciones mínimas, entre las cuales ocupa lugar preferente el resguardo de la integridad humana en sentido lato. (1999, p.334).

De la misma línea, el Tribunal Constitucional ha señalado respecto a este derecho en el Exp N° 06057-2007-PA/TC, fundamento 6.

El derecho a la integridad personal se encuentra vinculado con la dignidad de la persona, con el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad personal. Tiene implicación con el derecho a la salud en la medida que esta última tiene como objeto el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano; deviniendo así, en una condición indispensable para el desarrollo existencial y en un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

Como ha manifestado el autor citado y la Jurisprudencia Nacional, se trata pues de un atributo vinculado de manera indelible a otros derechos como son, el derecho a la vida, la salud, seguridad personal y libre desarrollo; armonizados con la dignidad de la persona, su reconocimiento es trascendental por lo que la norma constitucional ratifica su reconocimiento protector y de defensa en el artículo 2 numeral 23, apartado h; Constitución Política del Perú.

Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad

En tal medida el ser humano es por si, portador de estima y resguardo jurídico, recibe tal apoyo para su realización personal conforme con su condición de ser humano.

El derecho a la integridad del modo como se halla enunciado, ha sido enfocado desde tres aspectos diferentes, la que comprende el aspecto moral, psíquico y físico. En cualquiera de estos mencionados se nos presenta como un típico atributo de exclusión, entendido entonces, como un derecho que proscribe o prohíbe inherencias arbitrarias sobre la integridad, ya sea que estas procedan del Estado, de cualquier grupo o de algún individuo en particular (Sáenz, 2015 , p.294).

Quiere decir ello, que lo expresado al inicio y a razón de una lectura sistemática, la Constitución procura, que se manifiesten conductas que traducidas en forma de violencia puedan presumir un menoscabo a los aspectos que la integridad representa, los morales, psíquicos y físicos. En tal medida no toda conducta puede ser considerada como violenta si no que de alguna manera puedan ser apreciadas como actitudes o comportamientos violentos o ilegítimos.

La integridad psíquica tiene implicancias en el ámbito interno del individuo, por su parte la integridad moral intenta garantizar el plano externo. Aunque ambas tengan relación con lo que piensa o siente la persona, se diferencia en la incidencia hacia los ámbitos en los que se desenvuelve.

Fernández Sessarego, sobre la integridad física lo siguiente:

Al indicar la integridad física se debe comprender que ella responde al cuerpo, vale decir a la inseparable unidad psicosomática por lo que se le considera merecedor de tutela jurídica debido a que no está dado sólo a lo que de manera común suele designarse como cuerpo, sino que este vocablo debe comprenderse como aquello indisoluble, como aquella unidad de lo llamado físico con el aspecto psíquico (Fernández, 2001, p.59)

Respecto a la integridad física su estado de inalterabilidad del cuerpo y su buen funcionamiento en su estado fisiológico optimo, involucra también la buena salud del individuo que se vincula con el artículo 7° de la Constitución , por ello tiene un alcance más específico (Mesía, 2004, p.95).

Derecho a conocer el propio origen biológico

En nuestra legislación, el derecho a conocer el propio origen biológico no se encuentra expresamente normado en la Constitución, no obstante se puede decir que está reconocido de manera tacita con el derecho a la dignidad e identidad (Calderón y Zapata, 2005, p.78). Las bases que establecen la existencia de este derecho están íntimamente vinculado con el derecho a conocer la identidad del progenitor, a conocer a sus padres , el menor tiene el derecho de saber quiénes son sus padres biológicos , al ser reconocido de manera tacita por su relación a la identidad y dignidad , este se fortalece en la propia personalidad del ser humano y favorece a su desarrollo , además de que el conocer el propio origen biológico dignifica al ser y contribuye al desenvolvimiento de la personalidad a partir de dos aspectos definidos ; la filiación con los padres quienes estarán en condiciones de atender al menor de acuerdo a sus necesidades y el espiritual pues potencia el libre desarrollo de la personalidad del hijo.

Sobre un caso resuelto por la Sala Civil de la Corte Suprema de fecha 06 de Mayo 2008, Cas. No. 5003-2007 sobre reproducción asistida; se resolvió la casación interpuesta por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, demanda que interpuso contra el reconocimiento de maternidad realizado por doña María Alicia Alfaro Dávila sobre la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila , exponiendo que la demandada no era madre biológica de la menor en alusión pues fue inseminada de manera artificial mediante la técnica de la ovodonación (la cual no está permitida acorde con el artículo 7 de la Ley General de Salud) con un ovulo de donante anónima y espermatozoide de Custodio Olsen Quispe Condori , esposo de la recurrente ; sin la autorización de él para utilizar sus gametos en el desarrollo de la misma.

En primera instancia se declaró infundada la demanda al considerar que la accionante no contaba con intereses para obrar y no acreditó la afectación a su hijo; este a su vez resultó ser hermano de la menor mediante prueba de ADN realizada y teniendo ambos como padre a Custodio Olsen Quispe Condori.

A la postre la Corte Suprema resuelve fundada la casación y dictamina que el juez de la causa expida una nueva resolución facultando la discusión de la paternidad de un medio hermano como tercero legitimado lo que asevera el carácter personal, propio y legítimo del interés en

caso de reproducción asistida. Resalta en este presente caso la impugnación de la maternidad sobre el reconocimiento obrado que no concuerda con la realidad biológica.

Para Varsi, el anonimato de la cesión, respecto al derecho a conocer el origen biológico debe ser entendido de la siguiente manera:

La reserva de la información no se trata de un límite total, es solo parcial. El hijo tiene derecho de conocer su origen a fin de permitir la formación de su personalidad, independiente del establecimiento filial, reconociéndose que el acto de cesión de gametos no implica una responsabilidad procreacional, pues esa no fue la voluntad, el deseo que sustento la práctica. (2010, p.80).

Antecedentes del Principio del Interés Superior del Niño

En el año 1989 la Organización de las Naciones Unidas promulgo la Convención sobre los Derechos del Niño siendo el primer tratado internacional de trascendencia universal y vinculante que reglamentaba los derechos humanos concernientes a la infancia, en el desarrollo de la Convención la expresión “interés superior del niño” se indica en cinco articulados más, aunque en ninguna se despliega una definición referente a su naturaleza jurídica o vinculada a su forma de aplicación. Posteriormente se instaura el Comité de los Derechos del Niño en 1991, siendo esta una entidad encargada de supervisar la aplicación de la misma Convención que lo crea. Ya en el año 2013 transcurrido más de 20 años dicho el Comité en uso de sus potestades interpretativas formula la Observación General Número 14 sobre “El Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial”, con ella se busca disipar esencialmente los problemas ocurridos ante la ausencia de una definición legal del interés superior del niño por lo que indica ; la intención universal de la Observación es comenzar un auténtico cambio de actitud que beneficie a los niños como titulares de derechos de manera satisfactoria por lo que se planteó como como propósito definido, garantizar que todos los estados partes den efecto al interés superior del niño y lo respeten atendiendo a su interés superior.

Principio del interés superior del niño

El principio del interés superior del niño o niña, de igual forma distinguido como el interés superior del menor, fue constituido por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño el cual está compuesto por un conjunto de gestiones y procesos inclinados a asegurar un

progreso total y una vida digna, asimismo los contextos materiales y afectivos que permitan vivir enteramente y obtener el mayor bienestar posible para niñas y niños. Con este principio se intenta garantizar el reconocimiento de los derechos humanos de las niñas y los niños intentando que antes de tomar una disposición en relación a ellos, se acojan aquellas que promuevan y salvaguarden sus derechos y no aquellas que los transgredan. De esta manera se persigue sobrellevar perspectivas desorbitantes como el autoritarismo que acontece al emplear medidas concernientes a los menores y al paternalismo que practican las autoridades.

Concepto, naturaleza y fundamentación

La naturaleza jurídica del interés superior del niño ha sido del mismo modo centro de debate intenso, considerándolo como un concepto jurídico indeterminado, caracterizado como Principio Garantista, Ponderativo y Hermenéutico

En cuanto a su fundamento, mayoritariamente la doctrina concuerda en que se encontraría en la vulnerabilidad y condición de desprotección de los menores, debido a que se encuentran en un transcurso de maduración y desarrollo en el que son incapaces de direccionar completamente sus vidas con la debida responsabilidad atendiendo a que estos sujetos son merecedores de una atención especial de protección y previsión

Ley N° 30466

El 17 de Junio del 2017 el Diario Oficial “El Peruano” publico la ley 30466, la cual cuenta con 5 artículos que tienen como objetivo esencial el establecer parámetros y garantías procesales sobre los derechos del niño conforme a lo establecido por la Observación General N°14 (2013) del Comité de los derechos del niño, que dicta; a los países garantizar y respetar el interés superior del niño ; del mismo modo a lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3 , párrafo 1 que cita “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” ,ratificada por nuestro país el 4 de Setiembre del 1990.

Para explicar el principio del interés superior del niño, Sokolich sostiene al respecto:

Como “derecho” implica prevalecer el interés del niño sobre otros intereses , incluso lo de sus padres; como “principio” supone el deber de ponderar aquella interpretación de la norma que favorezca en mayor grado los intereses del niño y como “norma de procedimiento” involucra el deber que tiene la autoridad , judicial o administrativa, de expresar en forma clara , lógica y coherente las motivaciones de aquella decisión que resulta más beneficiosa para el niño , para lo cual se deberá explicitar los factores y estimaciones que han incidido y que se han privilegiado frente a otras opciones igualmente válidas.(2017 , p.367).

Significado que logra tomar el epíteto de “superior”

Se considera al principio del interés del niño o niña como superior, con ello no se intenta decir que los derechos correspondientes a los niños son en jerarquía superior a lo de los adultos o que priman sobre ellos, representa la idea de que ocupa un lugar trascendente en la familia y en la sociedad y por ello debe ser respetado. No debemos dejar de lado que cuando se protege el interés del niño/niña ello involucra la protección y defensa de un interés social (Torreblanca, 2009, p127).

Por ello, en materia filial, le concierne a la comunidad la búsqueda de la verdad biológica, así como garantizar la responsabilidad de la procreación y el derecho del niño a conseguir su emplazamiento filial, a su vez es necesario , exaltar la noción en la medida que constituye la consideración del niño/niña como un ser independiente, el reconocimiento de sus propias necesidades y la aceptación de los derechos de quien no alcanza ejercerlos por si mismo ; sumado a que la disposición procura poner una valla a las reivindicaciones de los adultos cuando amenazan las necesidades propias del niño/niña.

Podemos alegar que el mencionado calificativo de superior hace pensar en un absoluto y en mejor. El interés superior del niño/niña se halla protegido por diversos derechos subjetivos que le dan forma y fuerza al principio (Placido, 2003, p. 96)

Derecho a ser criado por sus propios padres

Los niños tienen derecho a ser criados por sus propios padres de acuerdo a lo estipulado en el artículo 7 de la Convención de los derechos del niño en el cual en la última parte del primer párrafo menciona “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

El primer contacto que tiene el nuevo ser al llegar al mundo es con sus padres, siendo ellos quienes le otorgaran principios y valores que forjaran su personalidad y su posterior desenvolvimiento en la sociedad.

El artículo 9 del Convenio tratado, regula que los niños no deben ser separados de sus padres a menos que la preservación del interés superior del menor sea necesaria.

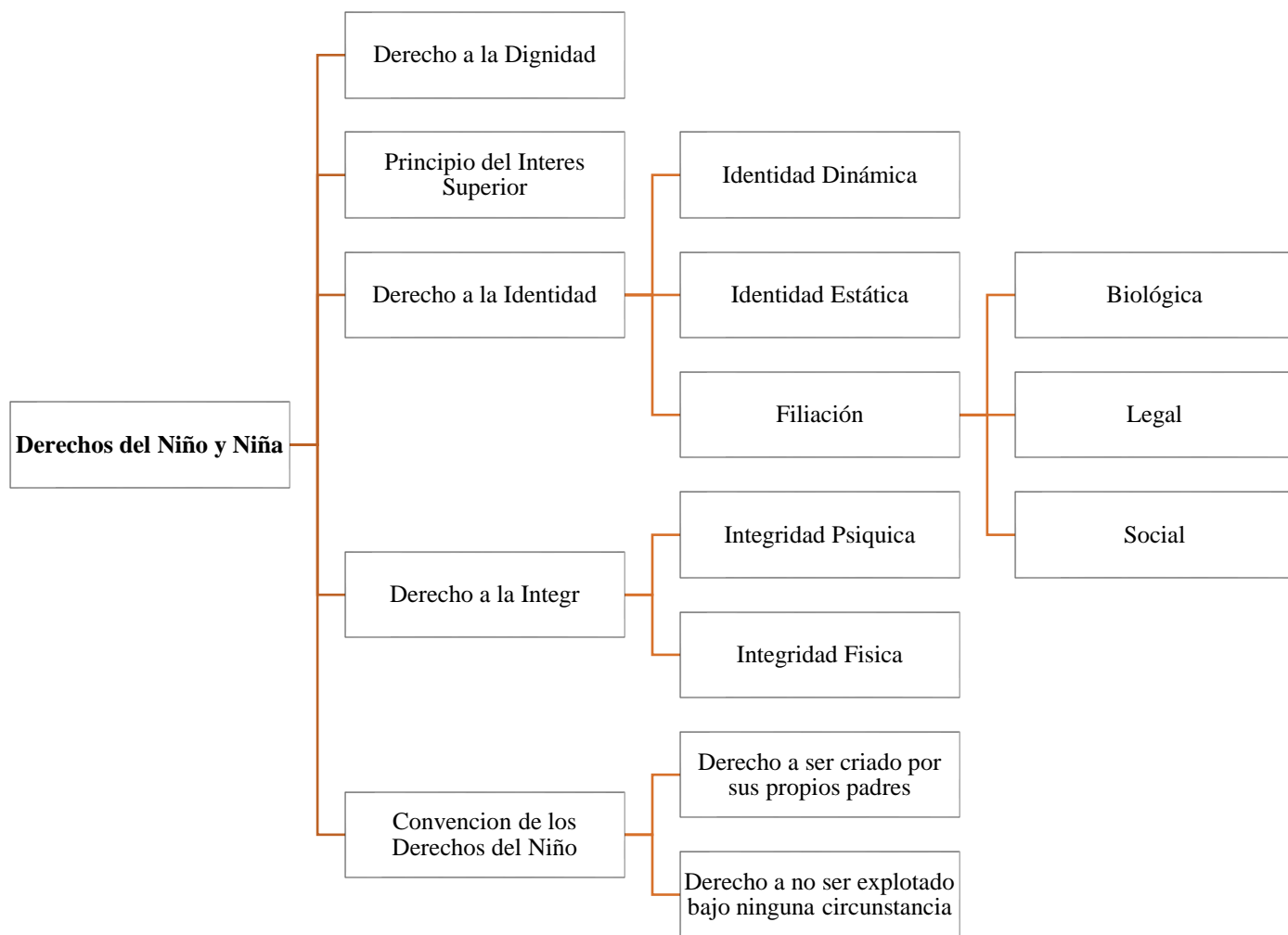
Olvera en su trabajo de investigación titulado, “La Protección de la madre y el niño en la maternidad subrogada”, argumenta respecto a este derecho que:

En el caso concreto de la maternidad subrogada, el embrión generado con los gametos de la mujer gestante, que posteriormente será el niño nacido, será criado por una tercera mujer, que es la esposa de la pareja comitente en estos casos donde se presenta un maternidad fragmentada, se puede observar que el niño finalmente sería criado por persona que no son del todo sus padres, aun cuando en la concepción popular se considere que padre es quien cuida y no engendra. Es importante que para evitar confusiones emocionales y problemas legales de tipo salomónico, es necesario establecer muy bien los límites de las técnicas de reproducción asistida en la maternidad subrogada, y con ello establecer que el procedimiento de maternidad subrogada se llevara a cabo con los gametos de la pareja solicitante y, solo en casos extremos de total esterilidad de alguna o de ambas partes podrá realizas con gametos de donantes. (2015, p.77)

Por ende si el niño fuera producto de un procedimiento de reproducción asistida y la carga genética no corresponda a la de los padres biológicos, se le debe informar siendo fundamental su protección integral.

Derecho a no ser explotado bajo ninguna circunstancia.

La convención establece en su artículo 35 la salvaguarda del derecho a no ser explotado bajo ningún fin o forma, impidiendo el secuestro, la venta o la trata de niños; rigiéndonos bajo este precepto la técnica de maternidad subrogada onerosa o que otorgue algún tipo de beneficio, se constituiría como un acto ilícito en la medida que cosifica al menor, a su vez de transmitir como producto su derecho de filiación.



Fuente: Elaboración Propia

Marco Histórico

Noel Keane, realizó los primeros contratos de subrogación a principios de la década de los 80 ejecutando actividades de intermediación para la obtención de la misma a través de su centro de infertilidad (Surrogate Family Service Inc.) ubicado en Estados Unidos; alcanzando en 1985 la primera subrogación exitosa.

En el mismo año se presentó el controvertido caso conocido como Baby M.; en el que la señora Whitehead, ciudadana de New Jersey con 29 años de edad firmó un contrato en el que se comprometía a llevar el proceso de embarazo para tener un hijo de la pareja Stern bajo las condiciones de no desarrollar vínculos afectivos con ningún hijo que pudiera concebir dejando la custodia a William Stern, quien era el padre biológico y por lo que se le entregaría la suma de 10.000 dólares en retribución por los servicios de un total de 25.000 que se entregó al Centro de Infertilidad, reservando lo restante para los costos de seguro médico. Concluido la etapa de embarazo la señora Whitehead con su marido decidieron no cumplir con estipulado, llevándose el caso a los tribunales que terminaron por otorgar la custodia al padre biológico, William Stern considerando que era quien mejores condiciones de hogar brindaría a la menor; y consintiendo las visitas de la señora Whitehead reconociéndole sus derechos como madre biológica y por considerarse adecuado para el desarrollo de la menor. En consecuencia el Tribunal de Nueva Jersey declaró la nulidad del contrato y en igual medida la ilegalidad de la gestación subrogada para este estado.

Con el paso de los años la práctica de la maternidad subrogada como un medio para la ejecución de Técnicas de Reproducción asistida se ha diseminado y ampliado por distintos países del mundo; lo que ha llevado a que algunos tomen medidas sobre la problemática regulado en mayor o menor medida, de acuerdo a los principios de cada Estado.

Marco Filosófico

Una de las más eminentes instituciones filosóficas que estableció el filósofo germano Emmanuel Kant, prescribió una de las más inminentes instituciones filosóficas, la formulación de aquella dimensión pertinente a la dignidad humana cimentada en la libertad moral y que expresó en la

tercera enunciación del imperativo categórico expuesto en su obra titulada “La Fundamentación de la Metafísica de las costumbres: “el hombre es fin en sí mismo”. De tal modo implantó el imperativo categórico, definiéndolo como aquel acto o proposición que se ejecuta por el hecho de ser considerada necesaria sin que exista mayores motivos para su actuación que dicha consideración, siendo así construcciones que se llevan a cabo en forma de “debo” sin estar ceñidas por ninguna otra consideración, siendo universales y de aplicación en cualquier momento o situación.

Kant comprendía a la moralidad como la condición que consiente que el hombre sea un fin en sí mismo lo que fundamenta la dignidad de mismo, siendo el valor intrínseco propio de los seres racionales que no cumplen otra ley que la que ellos mismos se establecen.

Por consiguiente y en concordación a la filosofía Kantiana el hombre no puede ser instrumentalizado ni mucho menos ser objeto de relaciones jurídicas, por el contrario; debe ser tratado como sujeto de derecho con dignidad, no debe ser considerado un instrumento para satisfacer o lograr deseos propios como si se tratara de un bien de consumo, por tanto el derecho no puede admitir la cosificación del menor en la práctica de la maternidad subrogada.

Marco Conceptual

Tipificación

Entendido como la acción y el efecto de tipificar, que es a su vez el concordar diversas cosas parecidas a un determinado tipo o norma común. En la legislación penal se comprende como la acción u omisión que realiza el sujeto por lo que le corresponde una pena o sanción.

Maternidad Subrogada

Es una práctica peculiar que se apoya en las dos técnicas de reproducción asistida más comunes, las cuales son la inseminación artificial y la fecundación in vitro; en la que una mujer con capacidad reproductiva accede a someterse a dichas técnicas para llevar el proceso de gestación a favor de persona sola o parejas, con o sin pago por ello y en donde se compromete a entregar al recién nacido después del parto de acuerdo al acuerdo pactado.

Técnicas de Reproducción Asistida

Referidas a aquellas técnicas médicas destinadas a lograr un embarazo, especialmente en situaciones donde no a sido posible conseguirlo de manera natural debido a problemas de infertilidad , se destacan de estas técnicas la inseminación artificial y la fecundación in vitro.

Derechos del niño

Comprendido como el conjunto de normas jurídicas que están orientadas a la protección y necesidades de los niños debido a su especificidad y fragilidad , considerando en todo momento el carácter vulnerable propias de su edad, en tal medida tienen Derecho a la Vida y al desarrollo de la misma buscando satisfacer las necesidades fundamentales que envuelven un correcto desarrollo.

Derecho a la Integridad

Este derecho fundamental reside en que toda persona tiene derecho a no ser privada de aquellos aspectos que le son propios de su ser como lo es la integridad corporal y de sus funciones, es decir nadie puede ser lesionado ni agredido de manera física; de igual manera en su funciones psíquicas que reúnen desde las emociones hasta las facultades intelectuales y finalmente el aspecto moral Por lo tanto prohíbe cualquier tipo de injerencias arbitrarias que afecten este derecho sin importar de quien provenga la acción.

Derecho a la Identidad

La identidad es un derecho complejo que abarca atributos biológicos y el de su personalidad por lo que reúne características y particularidades que permiten la individualización de la persona en un contexto social determinado. Es a partir de su concepción de donde se forjan sus raíces más elementales y los condicionamientos del ser. Por ende se desprende la libertad religiosa, del libre pensamiento y opinión, el respeto de su imagen como ser particular y el debido trato humano.

1.3 Formulación del Problema

El problema es una cuestión o interrogante al que se intenta ofrecer una respuesta mediante una investigación, ya que toda investigación surge de los conocimientos que se posee hacia los que

se pretende descubrir, por ello se califica como el primer paso de una investigación y a su vez como el más importante (Pavó, 2009 ,p.85).

Para Huamanchumo y Rodríguez:

El problema debe estar estructurado formalmente de manera lógica y coherente, respecto a la escasez o abundancia, crecimiento o decrecimiento, transformación o permanencia, novedad o antigüedad, facilidad o dificultad, claridad u oscuridad, riqueza o pobreza, competitividad, productividad, mala atención al cliente, servicios deficientes, falta de motivación, deficiente clima laboral, deficiente gestión en un área determinada, deficiente control contable o administrativo y otros problemas de índole legal y social, como la delincuencia y la corrupción. (2015, p. 35)

Problema General

¿Constituye un factor determinante la tipificación de la maternidad subrogada para evitar afectaciones a los derechos del niño y niña?

Problemas Específicos

P.E.1 ¿De qué manera afecta la maternidad subrogada el derecho a la identidad del niño y niña?

P.E.2. ¿De qué manera afecta la maternidad subrogada el derecho a la integridad del niño y niña?

1.4. Justificación del Estudio

Fase que radica en definir el porque es transcendental optimar el proceso de investigación, al mismo tiempo de exhibir los beneficios que se adquirirán. Por tal motivo, es acertado expresar la valía del trabajo que se procura plasmar (Gómez, 2012, p. 27).

Practica

Con este trabajo se busca abordar lo concerniente a la problemática suscitada debido a la práctica de la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida, la cual lesiona los derechos de índole constitucional del niño, y niña y en igual medida su interés superior; todo ello relacionado con determinar si una tipificación de dicha práctica permita garantizar la protección de estos derechos.

Teórica

El asunto estudiado se ampara en los derechos fundamentales que merecen un resguardo exclusivo por parte del Estado a través de un ordenamiento jurídico; tales como son el derecho a la dignidad e integridad del niño y desde su concepción, el derecho a la identidad entre otros. Nuestra normativa no debe ser ajena a las contrariedades que se presentan en nuestra sociedad, ni dejar de legislar sobre los recientes adelantos médicos siempre que estos no perjudiquen o lesionen los derechos de otros individuos.

Jurídica

El presente trabajo tiene justificación jurídica porque busca determinar si la tipificación de la maternidad subrogada constituye un factor determinante para la protección de los derechos del niño y niña en base a la recolección de información teórica, doctrinaria, y jurisprudencial; sumado a ello los conocimientos que el Derecho Comparado nos permita encuadrar una concepción efectiva que establezca un balance en donde no se desvirtúe ningún derecho tanto del niño como persona en situación vulnerable, así como de los solicitantes que recurren a esta técnica de acuerdo a las situaciones que se presenten. Del mismo modo otorgar bases teóricas para posibles trabajos futuros que se aproximen o tenga relación al tema tratado en esta investigación.

1.5 Supuestos u Objetivos De Trabajo

El objetivo de la investigación es el enunciado claro y preciso de los fines que se persiguen. El objetivo del investigador es llegar a tomar decisiones y a una teoría que le permita generalizar y resolver en la misma forma problemas semejantes en el futuro (Behar, 2008, p.30).

Objetivo General

Entendida como el objetivo que se procura obtener con la investigación estimada, considerado a su vez como la meta a largo plazo, por ende el objetivo tiene una secuencia lógica con el problema, de tal modo solo un enunciado problemático concierne a un solo objetivo general. Su función es puntualizar la orientación y el alcance de la investigación (Sullcaray, 2013, p.49)

O.G. Analizar si constituye un factor determinante la tipificación de la maternidad subrogada para evitar afectaciones a los derechos del niño y niña.

Objetivos Específicos

O.E. 1 Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la identidad del niño y niña.

O.E. 2. Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la integridad del niño y niña.

Supuestos Jurídicos

Son las soluciones que se dan de manera tentativa al problema de investigación planteado, la validez se demuestra a través de indagación empírica, reglas de lógica o usando la forma cualitativa; siendo presunciones referidas a particularidades, causas de un escenario o problemas definidos acerca del proyecto del fenómeno estudiado.

Supuesto Jurídico General

S.G. La tipificación de la maternidad subrogada constituye un factor determinante para evitar afectaciones a los derechos del niño y niña.

Supuestos Jurídicos Específicos

S.E.1 La maternidad subrogada afecta negativamente el derecho a la identidad del niño y niña.

S.E.2 La maternidad subrogada afecta negativamente el derecho a la integridad del niño y niña.

II. MÉTODO

2.1 Diseño de la Investigación

La presente investigación titulada “La Tipificación de la Maternidad Subrogada como garantía para la no afectación de los derechos del niño y niña”, **de enfoque cualitativo**.

El método de investigación de enfoque cualitativo no busca cuantificar, tiene por objetivo profundizar y advertir un determinado fenómeno que se presenta en la realidad de la sociedad, llevándose a cabo para su desarrollo la recolección de datos, la posterior discusión y una unificación conjunta a efectos de digerir los datos y la información adquirida, para poder lograr una noción mejor elaborada del fenómeno en estudio.

El diseño escogido es el de Teoría Fundamentada, Strauss y Corbin, mencionan al respecto que:

La teoría fundamentada es una metodología general para desarrollar una teoría que está fundamentada en la recogida y análisis sistemáticos de datos. La teoría se desarrolla durante la investigación, y esto se lleva a cabo mediante una continua interpelación entre el análisis y la recogida de datos (1994, p.273).

La Teoría fundamenta tiene una inclinación en la generación de teorías que se expongan, ratifiquen y/o desarrollen los fenómenos sociales que son objetos de estudio, la fuente de datos reside en los datos recogidos por las entrevistas y las observaciones que se desarrollan en el campo, así mismo el uso de documentos periodísticos, bibliográficos, se apoya en material audiovisual como en los diarios.

Estas teorías no se exponen al principio del proceso de investigación, como en planeamientos más experimentales, sino que surgen de los datos proporcionados, una vez acumulados y estudiados.

Tipo de Investigación

Es de **tipo básica** nombrada también pura o fundamental, la cual persigue un avance científico, amplificando los conocimientos teóricos, sin vincularse directamente con sus probables aplicaciones o efectos prácticos por lo que es más formal y busca las generalizaciones enfocadas al tratamiento de una presunción fundada en principios y leyes (Alfaro, 2012, p, 18).

2.2 Métodos de Muestreo

El estudio realizado desarrolla el **método de muestreo no probabilístico** debido a que el investigador ha tomado criterios específicos para elegir su muestra.

En consecuencia Hernández, Fernández y Baptista (2014) indican que:

Aquí el procedimiento no es mecánico ni se basa en formula de probabilidad, sino que depende del proceso de toma de decisiones de un investigador o grupo de investigadores y, desde luego, las muestras seleccionadas obedecen a otros criterios de investigación (p.176).

Escenario de Estudio

Población y Muestra

- Población

La población comprende al conjunto total de individuos u objetos en donde se efectuara la recolección de datos en determinando tiempo y espacio con el propósito de tender un estudio de investigación, a su vez la población considera a un grupo de personas que han sido elegidas para emplear herramientas, técnicas e instrumentos que se manejan en la preparación de una investigación cualitativa (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p.174).

Debido a la naturaleza y al objeto de este trabajo investigativo no se necesita definir una población.

- Muestra

Es un fragmento específico de un universo o población característico puesto que expresa exactamente las particularidades de la población al emplear la técnica conveniente de muestreo de la que deriva ; se diferencia de ella solo en la cifra de unidades comprendidas, en igual medida es conveniente, pues se debe circunscribir un numero aceptable y mínimo de unidades que se constituyen por el uso de instrucciones diversas para ejecutar un error de muestreo proporcionado al evaluar las características poblacionales más notables (Valderrama, 2015, p.184)

Por ello recurriremos a profesionales especialistas en materia de Derecho Penal, Constitucional y de dominio amplio en temática del Derecho de Familia en Lima.

Caracterización de sujeto

La presente investigación buscara entrevistar a magistrados, abogados públicos y privados con amplia experiencia y dominio en materia constitucional y penal; así como a médicos del sector público, quienes mediante la entrevista aportaran y dotaran de conocimientos que coadyuvaran a la mejor construcción y desarrollo del trabajo realizado.

Nombre	Profesión	Cargo	Especialidad
Beltrán Cruzado, Grace Victoria	Abogado	Asistente Judicial	Derecho Penal Procesal
Oscar Alfredo Crisóstomo Salvatierra	Abogado	Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria CSJLM	Derecho Penal Procesal
Anthony Christian Cerna Manyari	Abogado	Juez del Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria del CSJLM	Derecho Penal Procesal
María Abanto Pascual	Abogado	Asistente Judicial	Derecho Penal
William Oblitas Villalobos	Abogado	Abogado del MINSA – Docente Universitario especialista en Derecho Constitucional	Derecho Constitucional
Juan Obando Rodríguez	Medico	Medico Ginecólogo Obstetra y Docente Universitario de la UNMSM	Especialista en el manejo de emergencias obstétricas
Luis Quiñones Quiñones	Abogado	Juez de Familia de Carabayllo	Derecho Civil
Jackelyne Acurio Baca	Licenciada en Enfermería	Licenciada de Enfermería encargada en Consultorio de Crecimiento y Desarrollo de Niño Sano	Salud Publica y Comunitaria

Carmen Liliana Vázquez Eslava Licenciada en Psicología , Psicoterapeuta , Psicóloga y especialista en psicológica Psicoterapeuta Infantil infantil – Docente Universitaria

Plan de análisis o trayectoria metodológica

Para la presente investigación se ha previsto que las personas a entrevistar en base a la Teoría Fundamentada por lo que se ha utilizado el método de la inducción porque he previsto las encuestas que voy a realizar para poder obtener la información oportuna.

2.3 Rigor Científico

Implica considerar aspectos trascendentales en la investigación: la validación y la confiabilidad. Para ello se ha empleado las técnicas que generan la obtención de los datos de manera adecuada.

Es así que se ha utilizado las técnicas de recolección de datos que ha ayudado a demostrar y discrepar sobre la realidad para ello se ha utilizado instrumentos que se señalarán líneas más adelante.

Para ello es fundamental definirlo y así desarrollarlos de tal manera, la elección y confección de los instrumentos de investigación es un título transcendental en la recolección de datos, puesto que sería imposible tener acercamiento a la información que sea necesaria para solucionar el problema y sobre todo para acreditar los supuestos ,tomando en cuenta ello indica que el instrumento desempeña una función importante para construir una investigación sobre todo tomando en cuenta que criterios se van a emplear para la selección de estos instrumentos.

Las entrevistas, son flexibles y abiertas entendida como la reunión entre dos o más personas en donde se intercambian información, siendo en las cualitativas generalmente de tipo abierta, como instrumentos que sirven para recoger testimonios cualitativos, se utilizan a raíz de que la problemática estudiada no se puede avistar o es muy ardua hacerlo por ética o complejidad (Hernández, 2014, p.403)

Otra de las técnicas a utilizar es el **análisis documental** la cual es una de las técnicas más conocida de investigación en la cual se acumula todo tipo de contenido informativo siendo

periódicos, revistas impresas o virtuales, material bibliográfico entre otros, esta técnica estudia opiniones inmersas en un texto, donde se constituyen las unidades de análisis y sus categorías para poder formalizarlo. (Ñaupas, 2014, pp. 223 y 224). Se analizara las diversas sentencias expedidas por los organismos jurisdiccionales y de igual modo la normativa nacional e internacional de la cual se revisará los materiales y se evaluarán para una mejor comprensión y emitir conclusiones con las que se buscara desarrollar una solución.

Validez

Corresponde a los instrumentos que se efectuaran en la investigación y se instauran mediante la correlación que guarda el fenómeno que es materia de estudio con el juicio que tienen indudables expertos, logrando con ello obtener resultados que sean propicias, mediante la opinión profesional de los mismos.

Tabla 2. Validación – Guía de Entrevista

N° de Experto	Nombres de los Expertos	Promedio
Experto 1	Ballesteros García, Manuel Jorge	95%
Experto 2	Rodríguez Figueroa, José Jorge	95%
Experto 3	Wenzel Miranda, Eliseo Segundo	95%
Promedio Total		95%

Fuente: Elaboración Propia

Los expertos señalados en la Tabla 2 han emitido su calificación sobre el instrumento, dando un resultado de 95% de aceptabilidad.

Confiabilidad

Para la producción de esta investigación se recurrió a fuentes físicas y digitales confiables, así como las opiniones de los magistrados especializados en el Tema abordado, quienes han colaborado en brindar la información necesaria y oportuna para su desarrollo.

Para Valderrama, S y León, L.:

“Algunos sinónimos de confiabilidad son: seguridad, consistencia, repetibilidad, confianza. La confiabilidad se refiere a la confianza que se tiene a los datos obtenidos, debido a que hay una repetición constante y estable de la medida.” (2009, p. 143)

2.4. Análisis Cualitativo de los datos

El alcance de la investigación es explicativo. Encaminado a fundamentar condiciones que atraviesa la sociedad siendo lo primordial de este alcance el disipar el motivo por el cual sobreviene dicho problema y genera las categorías en el cual se conseguirá investigar a fondo (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p.95)

Siendo este el alcance de la investigación, es fundamental recopilar la información del medio nacional e internacional para poder contrastarlo con nuestra realidad que se atraviesa hoy en día de acuerdo al problema planteado, dándole respuesta a los sucesos que se producen en la investigación tratada.

2.5 Aspectos Éticos

Al construir la presente investigación, esta se enfocó en estudiar diversas pautas de índole científica estableciendo una posición cuidadosa del marco ético, el cual ha sido elaborado concretamente para el tratamiento de un conocimiento científico en donde se ha mantenido el respeto de las fuentes que han servido de información, siendo el objetivo netamente académico con lo cual se engrandecerá de manera sustancial la investigación.

Para Huamanchumo, H. y Rodríguez, J., sobre aspectos éticos de la investigación sostienen que:

Las investigaciones científicas deben estar orientadas a estudiar los problemas legales, sociales, económicos, financieros y empresariales en beneficio de la sociedad y de las organizaciones. Es decir deben estar orientados a identificar las causas de los problemas y dar una solución científica al problema a investigar, ninguna investigación debe ir en contra de los preceptos éticos y morales, la información debe ser verificada, confiable y se debe guardar absoluta reserva de las personas que participan de la investigación. (2015, p. 190)

La presente investigación se fundamentó en La necesidad de Tipificar la Maternidad Subrogada por afectación a los intereses del niño y niña, en el cual se buscó que se respeten las normas que imperan en “los derechos fundamentales de las personas”, realizando y solicitando el conocimiento de las mismas. Así mismo se solicitarán las aprobaciones respectivas para la realización de la investigación.

III.- DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS

3.1 Descripción de resultados: Técnica de la Entrevista

La información que se ha obtenido de los entrevistados ha sido ordenada considerando la similitud de las respuestas de los entrevistados, bajo este tenor; el objetivo general presentado en la investigación responde a lo siguiente “Analizar si constituye un factor determinante la tipificación de la maternidad subrogada para evitar afectaciones a los derechos del niño y niña”, Para ello se entrevistó a diversos profesionales con experiencia en el campo jurídico , médico y psicológico, obteniendo las siguientes respuestas.

Objetivo General

Analizar si constituye un factor determinante la tipificación de la maternidad subrogada para evitar afectaciones a los derechos del niño y niña.

Pregunta 1. ¿De qué manera creé usted que la tipificación de la maternidad subrogada evitaría afectaciones a los derechos del niño y niña?

Beltrán, Cerna y Crisóstomo coinciden en que:

Aquello que evitaría afectaciones a los derechos del niño y niña es una tipificación civil, debido a que es la ausencia de normatividad en este campo del derecho aquello que no responde a los conflictos que se vienen dando en la problemática, asimismo aseguran que la tipificación de tipo penal se debería de implementar solo como medida accesoria orientada a aquellos que vulneren o no reúnan las condiciones que exige esta práctica.

Los entrevistados señalan que a razón de su experiencia en el ámbito penal , imponer sanciones para dicha práctica no resolvería la problemática debido a que es el anhelo de consolidar una familia para quienes acceden a ella, asimismo manifiestan de manera reiterada que una tipificación civil frenaría las afectaciones de los derechos del niño y niña, consideran que la tipificación civil debe reunir criterios esenciales como son las características y condiciones personales de quienes intentan realizar su práctica.

Por otra parte Abanto, Acurio, Quiñones, Obando, Oblitas, y Vásquez, consideran que:

Una tipificación debe abordar todos los aspectos jurídicos, psicológicos, sociales e inclusive económicos debido a la naturaleza multidisciplinaria que atañe a esta técnica de reproducción asistida., se debe promover una normativa que proteja los derechos de las partes más vulnerables del

proceso. Consideran que evitaría la informalidad, la comercialización y evitaría la comisión de delitos relacionados a los nacidos por esta técnica.

Mantienen una posición firme respecto a que las sanciones deben incorporarse como una medida de prevención a la intención de cometer delitos ante su falta de regulación y en igual medida frente a la creación de una norma específica consideran que las sanciones deben estar dirigidas a quienes promocionen la informalidad y la mercantilización de esta práctica..

Pregunta 2. ¿Por qué creé que el Estado no ha tipificado la maternidad subrogada, ni lo ha incluido en el Código Penal?

Acurio, Obando, Oblitas y Vásquez, al respecto sostienen: Que la ausencia responde a minorías y su práctica no es tan frecuente o se hace clandestinamente lo que impide tener datos exactos como para establecer sanciones y crear un artículo sobre ello en el Código Penal.

Los especialistas de la salud coinciden en que la falta de una ley enfocada a la materia responde a un tema político y el desconocimiento del Estado sobre una cifra cercana de las personas que acceden al uso de esta técnica

Por su parte Abanto, Beltrán, Cerna, Crisóstomo y Quiñones, indican lo siguiente:

No ha sido incluido en el Código Penal debido a que es necesario previamente establecerse la normatividad sobre el tema en el campo civil, el Derecho Penal como última ratio debe responder de manera ultimada a los problemas que alteren el orden público y las buenas costumbres. A razón de ello se debe establecer otras medidas y ver si con ellas se reduce el daño o perjuicio de bienes jurídicos inmersos en conflictos.

Los especialistas jurídicos de diversa especialidad coinciden en que es fundamental iniciar una reglamentación civil de manera previa sobre la problemática, a razón de ello poder observar que bienes jurídicos deben ser protegidos por la norma penal.

Pregunta 3. ¿Por qué creé que el Estado no ha tipificado la maternidad subrogada, ni lo ha incluido en el Código Civil?

Acurio, Abanto, Beltrán, Cerna, Crisóstomo, Obando, Oblitas, Quiñones y Vásquez, mencionan al respecto:

Los factores que se dan frente a la falta de regulación en el Código Civil son diversos, aseguran los especialistas; partiendo desde la ausencia de voluntad política y los bajos réditos que ello otorgaría frente a un tratamiento complejo de la materia debido a la posición fuerte que presenta la iglesia

católica y su rechazo que como estado conservador ostenta y que a su vez no apoya este tipo de tratamientos por ser antinaturales, de igual modo sostienen que al ser una actividad que beneficiaría a las minorías no se destina la importancia a dicha actividad aun cuando esta práctica se acrecienta con el devenir del tiempo.

Como podemos observar, los especialistas mantienen criterios diversos a la falta de regulación normativa, inicialmente comparten la posición de que es un tema que inmiscuye a pocos y por tanto no es prioridad otorgar normas respecto a la materia, Por otro lado hacen hincapié constante que la clandestinidad favorece a que el tema no se tenga en carpeta debido a que no se cuentan con datos fiables y exactos

Pregunta 4. ¿Creé usted que incorporar la maternidad subrogada en el Código Penal garantizaría la protección de los Derechos del niño y niña?

Crisóstomo y Vásquez al respecto manifiesta que:

Como última ratio si, señalando que el Código Penal establece una norma especial para el daño al concebido, por tanto considera que también podría reglamentarse una figura especial cuando se presente el ánimo doloso de perjudicar la filiación de los intervinientes., de igual forma consideran que al inicio no se vislumbraría los efectos de su sanción, pero que posteriormente servirían para garantizar la protección de los menores.

Los entrevistados concuerdan que una incorporación de la materia en el ámbito penal se debe dar como mecanismo adicional a la regulación civil debido a que dotaría de protección jurídica a los derechos del niño y nunca de manera aislada ya que el objetivo esencial de esta técnica y suplir las necesidades biológicas de quienes buscan constituir una familia.

Por otro lado Acurio, Abanto, y Cerna sostiene que:

En cierto grado sería adecuado debido a los problemas jurídicos que atentan contra el menor , como lo es el tema de a quién corresponde y que ello podría generar diversos delitos encubiertos, agrega que si civilmente se llegara a regular correctamente no habría necesidad de crear un apartado especial en el Código Penal. Plantean una incorporación como medida accesorio a la reglamentación civil.

Concuerdan que su incorporación al Código Penal respondería solo en cierta medida y lo adecuado correspondería a la correcta regulación en una norma independiente en concordancia con las normas ya existentes en el Código Civil

Beltrán, Obando, Oblitas, Quiñones argumentan que:

Incorporarlo en el Código Penal degenerarían la esencia y el objeto de la práctica.

Objetivo Especifico 1

Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la identidad del niño y niña.

Pregunta 5. ¿Cómo afecta al recién nacido por maternidad subrogada el hecho de ver impedido el registro de su nacimiento ante RENIEC?

Acurio, Abanto, Beltrán, Crisóstomo, Cerna, Obando, Oblitas, Quiñones y Vásquez sostienen que:

Lo perjudica en la medida que no existe una normativa que faculte a Reniec la inscripción de los sujetos nacidos por esta práctica, afectando su derecho identidad y relacionados a este; en tanto esto siga siguiendo la misma línea, su derecho a ser inscrito tendrá que ser resuelto por los órganos jurídicos correspondientes siguiendo la incertidumbre de los padres de intención.

Los entrevistados concuerdan de manera unánime en que el derecho a la identidad de los nacidos por esta práctica se ve afectados principalmente lo que se desprende de su filiación; se ve afectando gradualmente desde la imposibilidad de obtener un registro favorable de su nacimiento y los padres de intención, se acrecienta frente a la negativa del órgano registral de realizar una inscripción debido a que no existe ley alguna que faculte a la entidad tomar otra posición que aquella que ha venido realizando frente a cada situación.

Pregunta 6. ¿Creé usted que el desconocimiento de los nacidos por maternidad subrogada respecto a sus orígenes biológicos puede perjudicar el desarrollo de su identidad?

Beltrán, Crisóstomo y Quiñones sostienen respecto a ello:

Que no afectaría de ninguna manera el desconocimiento de sus orígenes debido a que el ambiente en el que se cría uno influye para la construcción de la personalidad e identidad, por lo tanto si el ambiente es favorable y son criados con valores y fuertes convicciones no tendría por qué perjudicarlo.

Argumentan los entrevistados que el factor determinante para la construcción de la identidad del menor radica en el ambiente familiar y el entorno en el que es criado, señalan además que

la influencia de los valores inculcados serán fundamentales para optar por indagar o no sobre sus orígenes biológicos , siempre que lleguen a saber algo al respecto sobre ello.

Por otro lado Acurio, Abanto, Cerna, Obando, Oblitas y Vásquez expresan lo siguiente:

El desconocimiento de nuestros orígenes biológicos podría afectarse a largo plazo, desde un aspecto jurídico se ve imposibilitado la consecución de derechos sucesorios que le correspondería y podrían ser exigibles por ellos , asimismo mantener en reserva los datos de los cedentes de gametos perjudicaría al nacido por esta técnica frente a un enfermedad congénita que no fue debidamente tratada los especialistas de la salud concuerdan que es adecuado tener el conocimiento para tratar futuros posibles problemas que afecten tanto su salud corporal como mental.

Los entrevistados mayoritariamente , profesionales de la salud; aseveran que una de las consecuencias principales frente al desconocimiento sería la posibilidad de heredar genéticamente algún tipo de enfermedad o de contraer una , se vería limitado el acceso a un familiar donante dado las similitudes y compatibilidades que naturalmente se tiene con ellos, por otro lado los especialistas jurídicos señalan que las personas nacidas por esta práctica se podrían ver impedido de acceder a una herencia , pero que podría ser exigible si conocieran en algún momento su vínculo sanguíneo.

Objetivo Especifico 2

Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la integridad del niño y niña.

Pregunta 7. Teniendo en cuenta que la integridad reúne aspectos morales, físicos y psicológicos ¿Creé usted que la maternidad subrogada atenta contra el Derecho a la integridad del niño y niña?

Beltrán, Cerna, Crisóstomo y Vásquez argumentan:

La integridad del individuo no se vería amedrentada ni vulnerada siempre que conviva con personas adecuadas, consideran que una respuesta más acertada provendría de un profesional médico.

Optaron por mantener una opinión reservada respecto al enunciado.

Abanto, Acurio, Obando, Oblitas y Quiñones sostienen que:

La integridad engloba aspectos físicos, psicológicos y morales, siguiendo esa noción concuerdan que aquello que pueda alterar su integridad principalmente se desprende del uso de las técnicas de reproducción asistida, al uso de gametos congelados y anonimato de donantes, manifiestan que el daño que repercute en el nacido afecta su dignidad e integridad siempre que lo coloque como sujeto de intercambio y se busque una obtención económica por su realización. Los vínculos afectivos que se generen entre gestante y gestado pueden ser superados sin dificultad en base a una crianza sólida.

Pregunta 8. ¿De qué manera se ven afectados en su desarrollo el niño y niña que fueron separados de quien llevo el proceso de gestación?

Beltrán, Crisóstomo, Cerna, Oblitas y Quiñones, formulan lo siguiente:

No podemos tener certeza de en qué medida puede afectar la separación del niño de quien lo gestó, sería adecuado que diversos campos de estudio realicen pruebas de campo para saber con certeza si hay conductas que pueden ser alteradas o si puede repercutir de manera negativa en el menor el distanciamiento de quien lo trajo al mundo.

Los entrevistados consideran que mientras no haya un análisis exhaustivo en los campos de la salud, no se podría valorar en qué grado el alejamiento de quien lo gestó pudiese perjudicar a su desarrollo personal, consideran que corresponde a los profesionales de la salud y en especial a la psicología, realizar estudios sobre este aspecto.

Finalmente Abanto, Acurio, Obando y Vásquez refieren que:

Principalmente el problema surge con la ausencia de alimentación adecuada, como se puede comprobar, la ausencia de la leche materna repercute de manera negativa en el nacido ya que al no obtener los anticuerpos ni las sustancias necesarias, puede provocar en su organismo infecciones y enfermedades que podrían poner en riesgo su existencia, La organización Mundial de la Salud reconoce a la leche materna como alimento prioritario para el desarrollo normal de los recién nacidos, alterar este vínculo puede ocasionar problemas inmediatos como diarrea, infecciones estomacales, entre otros.

Refieren los entrevistados que si hay algún aspecto de importancia y que se debe tomar en cuenta respecto a la situación que emerge de la separación de los nacidos de quien realizo el proceso de gestación, es la entrega inmediata del menor a los padres de intención; ello repercute , consideran los especialistas ; tanto en posibles consecuencias a la alteración de su salud frente a la falta de una adecuada alimentación que no puede ser suplido simplemente con alimentación química dado que no es esencial ni reúne las mismas necesidades proteicas que necesita un recién nacido, lo que a criterio de los mencionados puede derivar en consecuencias negativas en la salud. Consideran además que el distanciamiento repentino puede alterar su estado emocional en los primeros meses debido a la ruptura del vínculo gestante – gestado.

3.2 Análisis Documental

Para concluir con el desarrollo del presente capítulo se ha procedido a desarrollar los documentos seleccionados para el análisis documental, con el fin de ayudar a resolver el problema general de la investigación, el cual es el siguiente: “La Tipificación de la Maternidad Subrogada como garantía para la no afectación de los Derechos del niño y niña”.

Respecto al Objetivo General: **Analizar si constituye un factor determinante la tipificación de la maternidad subrogada para evitar afectaciones a los derechos del niño y niña.**

Teniendo en cuenta el objetivo se ha visto conveniente considerar como referencia para el análisis respectivo el siguiente documento.

a) CAS N° 563 – 2011 Lima

Se ha tomado a consideración la Casación N° 563- 2011, para obtener respuesta respecto al objetivo general planteado, en el cual podemos observar la manera como resolvió la controversia la Sala Civil permanente frente al recurso interpuesto por la señora Zenaida Castro Muñoz contra el matrimonio conformado por Don Giovanni Sansone y Doña Dina Felicitas Palomino; la acción consiste en la solicitud de la medida de adopción por excepción de la menor Vittoria Palomino Castro, situación a la que se llegó por el uso de un acuerdo de maternidad subrogada entre los previamente mencionados.

La pareja manifiesta que la menor está bajo sus cuidados desde que la madre la entregase a ellos, Doña Zenaida manifestó querer recuperar la custodia de su hija oponiéndose al proceso de adopción de los solicitantes manifestando que no procede tal acción ya que el padre biológico fue quien solicitó la realización del vientre de alquiler, por lo que la controversia se llevó a Sala para ser evaluada por los magistrados. La sala expresa de forma reiterativa que el acuerdo pactado por las partes se torna en inmoral y en contravención al orden público y lo establecido por las normas del código civil, en igual medida señalaron que las decisiones a tomarse iban a estar orientadas en el interés superior de la menor, prevaleciendo la situación que mejor la favorezca una vez analizados los resultados psicológicos solicitados. Frente al conflicto de derechos de la patria potestad y el derecho a tener una familia idónea, la Sala resolvió que era adecuado para la menor quedarse con quienes entablo vínculos desde su nacimiento, agregando que la actitud de manipular la situación de la menor y sacar provecho económico a partir de ella corresponde a delito de extorsión y alteración del estado civil, hechos que el Ministerio Público iba siguiendo mediante la formalización de su denuncia.

Como podemos observar la ausencia normativa respecto a esta práctica médica con fin altruista, repercute en el abuso para perpetrar situaciones jurídicas inestables respecto de los intervinientes. Corresponde al Estado orientar normas dirigidas a la protección frente al vacío legal para evitar situaciones que puedan poner en riesgo a personas que merecen protección jurídica.

Respecto al Objetivo Específico 1: Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la identidad del niño y niña.

Se ha considerado lo siguiente.

Se ha tomado a consideración para el análisis documental que responde al objetivo específico 1, la **entrevista** que emitió el programa **Debate y Dialogo por TV Perú Noticias el 12 de Febrero de 2015 a la Psicóloga y Docente de Posgrado – USAT, Elena Zapata Fernández** donde hace su participación **desde el minuto 33:43 hasta el minuto 40:08**, manifestando diversos argumentos que han sido considerados para responder al objetivo específico siguiente ; respecto a la pregunta formulada por la periodista Violeta Reaño, ¿Se puede generar un trauma en un niño que ha vivido durante 9 meses en el vientre de una mujer y que luego es criado por otra mujer, otra persona , otra familia?

La especialista responde que; en su experiencia profesional, se ha presentado diversos casos de parejas que recurrieron a la práctica de maternidad subrogada y que al momento de separarse presentaron desacuerdos de a quien correspondía la custodia dado que ninguno quería permanecer con la tenencia argumentando que ninguno era el padre biológico y podrían demostrarlo mediante un examen médico; señala que ello destruye la identidad y la construcción de la misma , el impacto emocional que recibe en ese momento, de igual modo señala un caso adicional donde señala que un niño al enterarse que ha nacido por una modalidad diversa a la de sus hermanos altera su estabilidad emocional y que ha sido difícil llevar un tratamiento para aquellos niños que han visto alterado su identidad ocasionando una repercusión inevitable a su desarrollo como ser humano.

Respecto al Objetivo Especifico 2: Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la integridad del niño y niña, se ha considerado pertinente evaluar el Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la Maternidad Subrogada.

- a) Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la Maternidad Subrogada.

Del informe del Comité de Bioética de España podemos explicar el segundo objetivo específico planteado en la investigación. El informe en mención desarrolla los diversos aspectos competentes a la técnica de reproducción asistida, abordando no solo la problemática que genera su demanda sobre los riesgos que conlleva su práctica en un Estado que pese a estar prohibido expresamente viene consumándose su práctica y que se ha visto en constante debate sobre su modificación y paso a la regulación favorable , La importancia del informe multidisciplinario que desarrolla aspectos jurídicos y médicos manteniendo un respecto en su tratamiento por la igualdad de derechos de los involucrados permite formular un análisis adecuado.

Menciona el reconocimiento del derecho a la salud señalado por la OMS como factor de integridad del ser humano en relación a la alimentación mediante lactancia materna , respecto de los nacidos por maternidad subrogada, el alejamiento de quien lo alumbro impide la alimentación natural , lo que conlleva a suplirla con alimentos químicos que pueden alterar su desarrollo físico debido a que la ausencia de ingesta de este alimento puede generar

consecuencias desfavorables en la salud del menor si bien la alimentación adecuada del menor consiste en la priorización de la leche materna señala el informe , esta ausencia no es determinante para rehusar la práctica de la maternidad subrogada como medio alternativo para constituir una familia, sin embargo de lo expuesto en el informe se debe considerar que las consecuencias que pudiesen derivar de la ausencia o suplección de este alimento debe justificar su práctica solo en casos que verdaderamente reúnan las condiciones para ser ejercidas., por lo que el derecho debe articular una normativa enfocada a suplir la ausencia y fomento de esta práctica solo de manera excepcional.

IV.- DISCUSIÓN

Continuando con el desarrollo del trabajo de investigación, el capítulo a desarrollar advierte la discusión de los resultados, los que se han obtenido mediante el uso de la técnica de la entrevista y de los análisis documentales respectivos. Es importante señalar que la discusión se infiere tanto del objetivo general como de los objetivos específicos que rigieron la presente investigación.

Se ha logrado determinar respecto al Objetivo General, el que consiste en ; Analizar si constituye un factor determinante la tipificación de la maternidad subrogada para evitar afectaciones a los derechos del niño y niña, en base a:

- a) Las entrevistas realizadas a los especialistas refieren que tipificar la práctica de la maternidad subrogada es prioritaria en nuestra realidad debido al incremento de la misma , que es corroborado por la mayor cantidad de conflictos jurídicos sobre el tema que se presentan en los órganos jurisdiccionales con el transcurrir de los años y que ya no es razón para su no regulación argumentar que es un tema de minorías, mencionan que el ámbito a regular inicialmente debe ser el comprendido por el Derecho Civil , principalmente por la problemáticas jurídicas que se desprenden de dicha técnica (los acuerdos entre las partes y las controversias sobre la filiación de los recurrentes con el nacido), asimismo manifiestan que una tipificación penal y su inclusión en dicho Código debe darse solo como manera accesoria y nunca por sí sola , ello para evitar la comisión de otros posibles delitos como el tráfico de menores, siendo así debe estar orientado a establecer las medidas coercitivas adecuadas a la naturaleza de la problemática , su difusión excesiva que promoció el mercantilismo de esta práctica y de aquellos que quieran recurrir a ella sin tener las condiciones básicas para su acceso , ello acorde a la protección de los bienes jurídicos relacionados a los derechos tanto de las gestantes como de los nacidos por esta práctica por ser la parte más vulnerable de la situación.
- b) El análisis documental de la Casación N°563 – 2011 Lima , respecto al proceso de adopción por excepción que fuese materia de controversia en la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, señaló en sus enunciados la participación oportuna del Ministerio Público mediante la formalización de la denuncia penal contra los demandados por la comisión de los delitos de extorsión y alteración del estado civil de la menor nacida producto de la práctica de maternidad subrogada , se les atribuye a los demandados haber fraguado desde el principio el ofrecimiento del vientre de la demandada para ser

inseminada artificialmente con el semen del señor Giovanni Sansone con el objetivo de recibir dinero por ello; manteniendo una actitud que contraviene no solo con el objetivo de la técnica medica sino con el valor que representa para ellos mercantilizar con la existencia su hijo pues llevaban extorsionando a los demandantes de manera reiterada , amenazando con practicar el aborto si no cumplían sus exigencias ; situación que prosiguió una vez nacida la menor y prolongándose hasta frenar el intento de adopción por excepción. Entendiendo así que los demandados han actuado de manera negativa frente a la falta de regulación que exija condiciones y requisitos bien estructurados para su concepción por lo que ha quedado zanjado la vital importancia de una regulación que debe involucrar tanto aspectos civiles como penales.

Ambos resultados, tanto lo expresado por los entrevistados como del análisis documental analizado coinciden con el antecedente propuesto por el autor:

Velásquez, M. (2015), quien sostiene que: La maternidad subrogada como método alternativo para procrear en personas infértiles o estériles es aceptada por la mayor parte de las personas, frente a una futura legislación que penalice el empleo y sus alcances que impidan el abuso, la transgresión y la ignorancia de los derechos inmersos.

Respecto al objetivo específico uno , el cual busca **explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la identidad del niño y niña se ha logrado demostrar en base a:**

- a) Los entrevistados indican que existe una afectación sustancial al derecho de identidad de los nacidos por esta práctica debido a que la ausencia normativa sobre el tema no faculta ni responde al reconocimiento filiatorio con los padres de intención ,quienes ven imposibilitado el registro de los nacidos por este medio como hijos de estos, más aún cuando el registro de personas no tiene la competencia para realizar tal acción pues no tiene las atribuciones que confiere la ley para hacerlo , realizándolo solo bajo orden judicial emitida por sentencia luego de un largo proceso judicial; de tal manera manifiestan que la ley faculte y respalde el acceso a los nacidos por esta práctica manteniendo un registro en los casos de donantes de gametos para salvaguardar el derecho a su identidad biológica , en ese mismo sentido otorgar el reconocimiento filiatorio que se constituye en base a una nueva modalidad filiatorio que debe recoger el

ordenamiento y otorgar el reconocimiento y respaldo respectivo para dejar de lado situaciones que mantienen en la incertidumbre a los intervinientes , más aun cuando ya existe jurisprudencia que reconoce el vínculo de estos abordados desde diversas perspectivas por ser cada situación particular.

- b) El análisis documental de la entrevista audiovisual emitida por señal abierta en fecha 12 de Febrero de 2015 a través del Programa Periodístico Debate y Dialogo , nos permite observar respecto a la participación de la psicóloga Elena Zapata quien indica del minuto 38:02 hasta el minuto 39:28 , que su campo profesional le ha permitido corroborar en base a la casuística que se le ha presentado, observar que al tomar conocimiento los niños nacidos por la práctica de maternidad subrogada han sufrido impacto emocional y alterada la percepción de su identidad , argumenta que la repercusión emocional que deriva de la toma de conciencia coloca en un estado de inestabilidad al niño.

Los resultados derivados de la opinión de los entrevistados y el análisis documental respectivo coinciden con la teoría propuesta por:

Juan Espinoza Espinoza (2012), quien sustenta que el hijo adoptado, así como todos aquellos nacidos por las TRAS, gozan del derecho a estar al tanto, averiguar y conocer quiénes son sus progenitores biológicos llegado la mayoría de edad para la protección y defensa de sus intereses, como son los derechos a su salud en los supuestos que se requiera algún trasplante de órgano y requiera de algún familiar biológico que de modo altruista se lo otorgue.

Finalmente para concluir con la discusión de los resultados; respecto al objetivo específico 2, **explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la integridad del niño y niña.**

- a) Los entrevistados mayoritariamente reconocen que existen posibles consecuencias del hecho concreto de apartar al nacido de quien lo gestó ; manifiestan que las repercusiones se pueden dar en lo concerniente a temas de salud debido a que la importancia en la alimentación del recién nacido deriva del aporte que le otorga la gestante y su alejamiento impide una correcta alimentación que perjudica al recién directamente en su sistema inmunológico facilitando el desarrollo de infecciones que no pueden ser sobrellavados solo con alimentación a base de fórmula, asimismo se señala que la

importancia de los lazos que se crean entre gestante y gestado a nivel afectivo podría perjudicarlo a futuro en su desarrollo. Finalmente hacen mención a las situaciones donde se han sido rechazados los nacidos que presentaron algún tipo de malformación o síndrome, ello debido a que los gametos usados para su realización han sido previamente criogenizados o han tenido algún tipo de alteración en su formación gestacional.

- b) Se ha analizado el Informe del Comité de Bioética de España, debido a la naturaleza multidisciplinaria del dicho Informe y los conceptos plasmados en el mismo hemos podido explicar de acuerdo al enunciado del documento referente a la alimentación adecuada y la afectación que su ausencia significa para la formación adecuada de un desarrollo psicomotor del recién nacido, dicho informe considera que si bien existe alguna tipo de afectación , esta puede ser sobrellavada debido a los avances de la ciencia y que ello no imposibilitaría el uso de la técnica pues quienes acceden mayormente a ella son personas que pueden cubrir las necesidades que la situación amerita.

Dichos resultados obtenidos coinciden con la teoría expuesta por la autora Avalos (2017) en su tesis titulada *“La Maternidad Subrogada y el Interés Superior del Niño”* para obtener el título de abogado, argumentando que:

La regulación de la maternidad subrogada estaría dando hincapié a que aparezcan varios problemas legales entre los padres biológicos y la madre subrogante, afectando gravemente la integridad de los menores. Al permitir que la maternidad subrogada sea legal en el Ecuador se presentarían varias vulneraciones de derechos de los niños [...] porque es tratado como un objeto comercial [...]. (p.75)

V.- CONCLUSIONES

Las conclusiones obtenidas en el presente trabajo son expuestas de acuerdo a cada uno de los objetivos planteados y para ello se ha tomado a consideración las entrevistas y análisis documental, los cuales han servido para brindar respuesta a cada uno de las preguntas formuladas en la investigación.

Primero.- Se ha analizado que la tipificación de la maternidad subrogada no constituye un factor determinante para evitar afectaciones a la dos derechos del niño y niña reconocidos en la Constitución en su artículo 2 inciso uno derecho a la identidad e integridad y en la Convención de los Derechos del niño, conforme a las entrevistas y análisis documental refieren, ya que si se impusiera sanciones sin regulación previa que posibilite el acceso adecuado para aquellos impedidos naturalmente de procrear , ello no reduciría su práctica clandestina debido a la búsqueda de las personas de generar descendencia.

Segundo.- Se ha explicado de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la identidad del niño y niña reconocido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución, conforme a las entrevistas y análisis documental señalan, debido a que esta práctica principalmente en su tipo heterólogo conlleva a la disociación de identidad de estos menores con los recurrentes alterando lo que establece la ley dado la participación de diversas personas que se da para consumir la procreación; de la misma forma el anonimato de los donadores de gametos en esta práctica perjudica el acceso al conocimiento de su ascendencia biológica.

Tercero.- Se ha explicado de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la integridad del niño y niña, reconocido en el artículo 2 inciso 1 y el derecho a la salud reconocido en el artículo 7 de la Constitución, conforme las entrevistas y análisis documental indican, debido a que el apartamiento del menor de quien lo gesto altera su integridad física impidiendo su buen funcionamiento al no recibir adecuadamente la alimentación que le proporciona la madre gestante mediante la leche materna posibilitando la generación de infecciones que no solo altera su salud si no que puede ocasionar perjuicios severos en su integridad fisiológica.

VI.- RECOMENDACIONES

Para concluir con la investigación, se puede generar las siguientes recomendaciones con el fin de obtener una mejora al tipificar la maternidad subrogada:

Primero.- Se recomienda que, para efecto de impedir afectaciones a los derechos del niño y niña producto de la práctica no regulada de la maternidad subrogada, esta se desarrolle en la Ley General de Salud estableciendo los requisitos, condiciones y características de quienes pueden acceder a ella.

Segundo.- Se recomienda incorporar el desarrollo de la filiación social en el Libro de Familia del Código Civil como medida excepcional para aquellas personas que acceden a la práctica de maternidad subrogada y reúnen las condiciones exigibles para su realización., asimismo regular la prohibición del anonimato de donantes de gametos.

Tercero.- Se recomienda tomar a consideración las consecuencias que genera en la afectación del derecho a la salud de los menores la práctica de la maternidad subrogada en tanto debe ser controlada y regulada otorgando facultades normativas a los intervinientes que favorezcan al desarrollo integral del menor en resguardo a su derecho a la integridad y al principio del interés superior.

REFERENCIAS

- Aguilar, B. (2017). Matrimonio y Filiación Aspectos Patrimoniales. (1.^a ed.). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Agurto, C., Quequejama, S. y Ariano, E. (2015). Las Bases del derecho a la identidad personal como derecho fundamental del ser humano. Lima: Instituto Pacifico.
- Avendaño, J. (2013). Diccionario Civil. (1.^a ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Arteaga, A (2003). Derecho Penal Venezolano. Caracas: Mc Graw Hill.
- Balaguer, L. (2017). La maternidad subrogada en un Estado Social. España: Ediciones Catedra.
- Bartolini, M., Pérez, C. y Rodríguez, A. (2014). Maternidad Subrogada: Explotación de Mujeres con fines Reproductivos. Recuperado de https://earlyinstitute.org/wp-content/uploads/2015/04/EMFR_Early-Institute_TEXTO_MAPAS-corregidos.pdf
- Cabrera, V. (Enero – diciembre, 2013). La afectación del derecho de identidad de los nacidos bajo la ejecución del procedimiento de ovodonacion por la inseguridad jurídica para la determinación de la filiación materna. Revista Alétheia, Revista de la Escuela de Postgrado de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, p. 105.
- Espinoza, J. (2012). Derecho de las Personas. Concebido y Personas Naturales. (6.^a ed.) Lima: Grijley.
- Fernández, C. (2005). Derechos Fundamentales de la Persona. En C. Fernández. Autor Recuperado de <https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/constitucion-politica-comentada-gaceta-juridica-tomo-i.pdf>
- Fernández, C. (2001). Derecho de las Personas. (8.^a ed.). Lima: Grijley.
- Lalupú, L. (2014). Las técnicas de fecundación artificial: Maternidad Subrogada y dignidad Humana. (1.^a ed.). Lima: San Marcos.
- López, J. y Miralles, A. (julio, 2012) Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada, Cuadernos de Bioética, (13), 253-267
- Mesía, C. (2004).Derechos de la Persona. Dogmática Constitucional, Lima: Editorial Congreso de la Republica.

- Mir, L. (junio, 2010) La “maternidad intervenida”. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada. Revista Redbioética/UNESCO, 1(1), 174-188. Recuperado de http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf
- Montero, E. La maternidad de alquiler frente a la summa divisio iuris entre las personas y las cosas. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos (72), 223-236.
- Pérez, M. (2014) La verdad biológica en la determinación de la filiación. Midac, SL.
- Placido, A. (2003) El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor en la investigación de la filiación, Lima: Diálogo con la jurisprudencia N°53.
- Rubio, M. (1999) Estudio de la Constitución Política de 1993. (1.^a ed.). Lima: Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú.
- Sáenz, L. (julio 2015). Apuntes sobre el Derecho a la Integridad en la Constitución Peruana. Revista de Derecho Constitucional (1), 296-301
- Siverino, P. (2010) Los derechos fundamentales: Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho. Lima: Gaceta Jurídica.
- Sokolich, M. (2017). La Ley N°30466 y la consideración primordial del interés superior del niño (p.367) Lima, Gaceta Civil y Procesal Civil.
- Varsi, E. (2004). Divorcio, filiación y patria potestad. Lima: Grigley.
- Varsi, E. (noviembre 2010). Revista de Derecho de Familia y de las Personas (10). Recuperado de: https://works.bepress.com/enrique_varsi/20/
- Vela, A. (4 de abril, 2013). La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho (Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia). Diario La Ley. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4179466>
- Warnock, Mary. Fabricando bebés. ¿Existe un derecho a tener hijos? Barcelona: Gedisa.

Zaffaroni, E (2003). *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Informe Final del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Buenos Aires: De Palma.

Metodología

Alfaro R., C. (2012). *Metodología de la Investigación Científica aplicado a la Ingeniería*.

Recuperado de http://www.unac.edu.pe/documentos/organizacion/vri/cdcitra/Informes_Finales_Investigacion/IF_ABRIL_2012/IF_ALFARO%20RODRIGUEZ_FIEE.pdf

Behar R., D. (2008). *Metodología de la Investigación*. Recuperado de <http://rdigital.unicv.edu.cv/bitstream/123456789/106/3/Libro%20metodologia%20investigacion%20este.pdf>

Gómez, S. (2012). *Metodología de la Investigación*. Recuperado de http://www.aliat.org.mx/BibliotecasDigitales/Axiologicas/Metodologia_de_la_investigacion.pdf

Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, M. (2014). *Metodología de la Investigación*. (6ª. ed.). D.F, México: McGraw - Hill.

Huamanchumo, H. & Rodríguez, J. (2015). *Metodología de la investigación en las organizaciones*. (1ª ed.). Perú: Summit.

Ñaupas, H. M. (2014). *Metodología de la Investigación*. Colombia: Ediciones de la U.

Pavó, R. (2009). *La investigación científica del derecho*, Lima: Fondo Editorial UIGV.

Sullcaray B., S. (2013). *Manual Autoformativo: Metodología de la Investigación*.

Recuperado de https://issuu.com/ucvirtual/docs/manual_metodologia_de_la_investigacion

Valderrama, S. (2015). *Pasos para elaborar proyectos de investigación científica cuantitativa, cualitativa y mixta*. (5.ª ed.) Lima: San Marcos

Fuentes Legales y Legislativas

Casación N° 5003 – 2007 Lima

Recuperado de <https://lawiuris.files.wordpress.com/2008/11/cas-nc2ba-5003-2007-lima.pdf>

Convención sobre los Derechos del niño (1989) Recuperado de http://www.insor.gov.co/descargar/convencion_derechos_niño_1989.pdf

Ley N° 26846 (1997) Ley General de Salud. Lima, Perú. Recuperado de <http://www.minsa.gob.pe/renhice/documentos/normativa/Ley%2026842-1997%20-%20Ley%20General%20de%20Salud%20Concordada.pdf>

Ley 30466 (2016) Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. Lima, Perú. Recuperado de <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30466.pdf>

Sentencia del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional (2017), expediente n° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, Lima, Perú. Recuperado de http://legis.pe/wp-content/uploads/2017/04/Descargue-aquí-en-PDF-la-sentencia-que-ordena-a-Reciec-a-reconocer-como-padres-a-pareja-que-alquiló-ventre-Legis.pe_.pdf

Referencias de Tesis

Avalos, C. (2017). *La Maternidad Subrogada y el Interés Superior del Niño*. Recuperado de <http://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/25318/1/FJCS-DE-1007.pdf>

Cárdenas, A. (2014). *El Derecho de las personas concebidas mediante Técnicas de Reproducción Asistida a conocer su identidad biológica, desde una perspectiva Biojurídica*. Recuperado de http://tesis.usat.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/usat/553/TM_Cardenas_Krenz_ArturoRonald.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Esté, P. y Hamieh, B. (2012) *Fuente Jurídica de la relación derivada de la Maternidad Subrogada en el ordenamiento jurídico venezolano*. Recuperado de <http://200.35.84.131/portal/bases/marc/texto/3501-12-05436.pdf>

Parra, C. (2016). *Implicaciones en materia penal de la “Maternidad Subrogada” en Colombia*. Recuperado de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/15278/3/PARRA%20MARTINEZ%20CAROLINA%202017.pdf>

- Santander. (2012). *El contrato de maternidad subrogada o alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad*. Recuperado de <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/614/TESIS%201.pdf?sequence=1>
- Velásquez, M. (2015). *Necesidad de incluir el delito de contrato de Maternidad Subrogada en el Código Penal Peruano*. Recuperado de <http://repositorio.uancv.edu.pe/bitstream/handle/UANCV/721/TESIS%20MARLENE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Zaldívar, J. (2016). *Necesidad de regulación jurídica de la maternidad subrogada 2013*. Recuperado de <http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/5210/8T.1323.MG.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

TÍTULO	
La Tipificación de la Maternidad Subrogada como garantía para la no afectación de los Derechos del niño y niña	
PROBLEMAS	
Problema General	¿Constituye un factor determinante la tipificación de la maternidad subrogada para evitar afectaciones a los derechos del niño y niña?
Problema Específico 1	¿De qué manera afecta la maternidad subrogada el derecho a la identidad del niño y niña?
Problema Específico 2	¿De qué manera afecta la maternidad subrogada el derecho a la integridad del niño y niña?
OBJETIVOS	
Objetivo General	Analizar si constituye un factor determinante la tipificación de la maternidad subrogada para evitar afectaciones a los derechos del niño y niña.
Objetivo Específico 1	Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la identidad del niño y niña.
Objetivo Específico 2	Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la integridad del niño y niña.
SUPUESTOS	
Supuesto General	La tipificación de la maternidad subrogada constituye un factor determinante para evitar afectaciones a los derechos del niño y niña.
Supuesto Específico 1	La maternidad subrogada afecta negativamente el derecho a la identidad del niño y niña
Supuesto Específico 2	La maternidad subrogada afecta negativamente el derecho a la integridad del niño y niña.
MÉTODO	
Tipo de Investigación	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Investigación Básica. ✓ Método de Enfoque: Cualitativo

Diseño de Investigación	✓ Teórica Fundamentada
Técnicas De Recolección De Datos	✓ Entrevista ✓ Análisis Documental



VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y Nombres: Rodriguez Figueroa Jorge
 1.2. Cargo e institución donde labora: Docente UCV
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: La aplicación de la Metodología Subordinada con Garantía para la no afectación de los derechos del niño y niña
 1.4. Autor(A) de Instrumento:

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												✓	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												✓	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												✓	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												✓	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												✓	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.												✓	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												✓	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos												✓	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												✓	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												✓	

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

95 %

Lima del 2015

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 109542 Telf:



VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

1.1. Apellidos y Nombres: Pallares, Carlos Manuel Jorge
 1.2. Cargo e institución donde labora: Docente
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación:
 1.4. Autor(A) de Instrumento:

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.													X
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.											X		
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.											X		
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												X	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales											X		
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.												X	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												X	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos													X
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.													X
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												X	

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

95	%
----	---

Lima, 15 de mayo del 2015

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 0283551 Telf.:



VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y Nombres: WENZEL MIRANDA ELISEO SEGUNDO
- 1.2. Cargo e institución donde labora: DOCENTE UCV
- 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación:
- 1.4. Autor(A) de Instrumento:

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												✓	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												✓	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												✓	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												✓	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												✓	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.												✓	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												✓	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos												✓	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												✓	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												✓	

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

si

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

95 %

Lima, del 2015

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 09940210 Telf.: 992303480

GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL - JURISPRUDENCIA

Título: La Tipificación de la Maternidad subrogada como garantía para la no afectación de los derechos del niño y niña.

Ficha Técnica
Sentencia CAS. N° 563 – 2011 Lima
Corte Suprema – Sala Civil Permanente

Tipo de Proceso : Recurso de Casación
Recurrente : Zenaida Castro Muñoz
Fecha de Res. : 06 de Diciembre del 2011
Pronunciamiento : Sentencia – No casaron

OBJETIVO GENERAL

Analizar si constituye un factor determinante la tipificación de la maternidad subrogada para evitar afectaciones a los derechos del niño y niña.

		Marcar	
	ÍTEMS	SI	NO
1°	Aunado a ello se tiene de las copias certificadas del proceso penal N° 42961-2009 que obra de fojas mil setecientos cincuenta y dos a fojas mil ochocientos ochenta y ocho, se advierte que paralelamente al proceso que nos ocupa, el veintiocho de setiembre del año dos mil nueve, el Ministerio Público formalizó denuncia penal contra los demandados, por los delitos de Extorsión y Alteración del Estado Civil de un menor , habiéndose iniciado proceso penal mediante auto de apertura de instrucción de fecha veintiuno de octubre del dos mil nueve (ver folios mil setecientos noventa y tres), proceso en el que el hecho incriminado consiste en que, los demandados habrían planeado desde un inicio ofrecer su “vientre	X	

	<p>en alquiler” y practicarse una inseminación artificial con el semen del esposo de la denunciante Dina Felicitas Palomino Quicaño y a partir de ello habrían extorsionado a los ahora demandantes con cuantiosas sumas de dinero a fin de que la Demandada Isabel Zenaida no aborte el producto, extorsión que incluso se habría prolongado después del nacimiento de la menor que responde al nombre de Vittoria con la amenaza de frustrar la demanda de adopción que interpuso la parte agraviada (los demandantes) teniéndose que los denunciados habría recibido un total de diecinueve mil ochocientos dólares americanos; asimismo se advierte de dichas copias, que con fecha quince de abril de dos mil diez se realizó la diligencia de confrontación entre Isabel Zenaida Castro Muñoz y Dina Felicitas Palomino Quicaño de la cual trasciende que la segunda de las nombradas, entregó diversas sumas de dinero a la primera, manifestando cada una diferentes montos y motivos respecto de dichas entregas.</p>		
<p>Fundamento materia de análisis</p>	<p>Del análisis documental realizado a la Sentencia N° 563-2011 emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte suprema de fecha 06 de Diciembre del 2011, respecto al recurso de casación interpuesto por doña Zenaida Castro Muñoz sobre la demanda que declarase fundada la adopción por excepción que declaro a la menor Vittoria Palomino Castro como hija de don Giovanni Sansone y doña Dina Felicitas Palomino , se puede interpretar lo siguiente</p> <p>Se obtiene respuesta a lo planteado en nuestro objetivo debido a que el conflicto surge a partir de una ausencia normativa que regule adecuadamente la práctica de la maternidad subrogada y de quienes pueden acceder a ella para su realización , así como de las excepciones que deben establecerse a razón de su naturaleza diversa debido a las</p>		

	<p>características singulares que se presentan en cada tipo de la practica en mención y las cuales deben presentar los recurrentes ; caso contrario establecer las medidas disuasivas para evitar la proliferación clandestina de su uso y las posibles consecuencias que se desprenden de la ausencia de límites a ella.</p> <p>Los argumentos expuestos por la Sala Permanente se sustentaron en el rechazo de la actitud inmoral de los contratados para efectuar el vientre de alquiler debido a que estas personas actuaron de manera premeditada y concertaron procrear un ser humano con el único objetivo de cederlo a otros a cambio de recibir beneficios económicos , conducta que se aleja radicalmente de la concepción de padres que dicen tener , contraviniendo tanto las buenas costumbres como el orden público , vulnerando los derechos del niño reconocidos a nivel internacional y demostrando fehacientemente el poco valor que le dan a la vida comercializando con ella, enfatizado en la manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece protección. Por tales razones, la Sala decidió la controversia priorizando el interés superior del niño y en base a los hechos consumados, no habiendo infringido norma alguna y resolviendo con el propósito de garantizar la estabilidad de la menor de acuerdo a lo expuesto y acreditado por los informes psicológicos realizados a ella.</p> <p>De igual modo y a considerar la participación del Ministerio Publico quien se hizo partícipe del proceso a razón de los delitos que se desprenden del conflicto que es materia de análisis.</p>	
<p>Parte de la Resolución</p> <p>Considerando Undécimo</p>	<p>Párrafo</p> <p>Primer Párrafo</p>	<p>Pág.</p> <p>12</p>

GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

Título: La Tipificación de la Maternidad Subrogada como garantía para la no afectación de los derechos del niño y niña.

Ficha Técnica

Documento: Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la Maternidad Subrogada

Fecha : 16 de Mayo de 2017

OBJETIVO ESPECIFICO 2

Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la integridad del niño y niña.

		Marcar	
ÍTEMS		SI	NO
1º	En la misma Convención encontramos otro artículo que no debe dejarse pasar por alto al tratar de la maternidad subrogada. El art. 24, dedicado a la protección del derecho a la salud, dice que los Estados parte adoptarán medidas adecuadas para “e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna”. Reconocer la importancia de la lactancia materna para el niño no es un argumento para el rechazo incondicional de la maternidad subrogada, pero sí para tenerlo en cuenta a la hora de ponderar los costes para el bienestar del niño que acarrea esta práctica.	X	
Fundamento materia de análisis	Del informe del Comité de Bioética de España podemos explicar el segundo objetivo específico planteado en la investigación. La importancia jurídica y medica que se le da al reconocimiento del derecho a la salud como factor de integridad del ser humano en relación a la alimentación mediante lactancia materna respecto de los nacidos por maternidad		

	subrogada, del documento expuesto podemos señalar que si bien la alimentación adecuada del menor consiste en la priorización de la leche materna , esta ausencia no es determinante para rehusar la práctica de la maternidad subrogada , sin embargo se debe considerar que las consecuencias que pudiesen derivar de la ausencia o suplección de este alimento debe justificar su práctica solo en casos que verdaderamente reúnan las condiciones para ser ejercidas.		
	Parte del Informe	Párrafo	Pág.
	Aspectos éticos de la Maternidad Subrogada	3 ro y 1ro	41-42

GUIA DE ENTREVISTA

Título: La tipificación de la maternidad subrogada como garantía para la no afectación de los Derechos del niño y niña.

Entrevistado(a): ACURIO BACA, JACKELYNE

Cargo/profesión/grado académico: Licenciada en Enfermería, actualmente cursando estudios en especialización pública y comunitaria

Institución: CENTRO DE SALUD CARLOS PHILLIPS

OBJETIVO GENERAL

Analizar si constituye un factor determinante la tipificación de la maternidad subrogada para evitar afectaciones a los derechos del niño y niña.

1. ¿De qué manera creé usted que la tipificación de la maternidad subrogada evitaría afectaciones a los derechos del niño y niña?

Creo que de manera favorable ya que existe una dificultad real de controlar un altruismo seguro y tener convicción de ello pues se puede dar una remuneración encubierta que desnaturaliza el fin del tratamiento y promueve la explotación y valor económico a la vida del menor, asimismo aquello que establezca la ley debe estar dirigido a cubrir las necesidades sanitarias y las facultades para acceder a este tratamiento que nos otorga la ciencia ,por esa razón debería aplicarse sanciones a aquellas personas, profesionales o no que promuevan el tratamiento de esta imposibilidad de tener hijos y no reúnan las condiciones adecuadas para su realización.

2. ¿Por qué creé que el Estado no ha tipificado la maternidad subrogada, ni lo ha incluido en el Código Penal?

Porque el estado mantiene una posición expectante respecto a este tratamiento y presumo que no considera los aspectos negativos que pueden derivar de ello. Considero que una difusión y fácil acceso a un tratamiento tan delicado y sencillo cuando no concurren las necesidades humanas reales distorsiona su objetivo primario. Fijar un valor económico a la vida atenta contra los derechos del ser humano; considero que no es ético promocionar el tratamiento de manera libre por las consecuencias que podrían darse si no son justificadas por una necesidad real y allí es donde el estado debería poner límites.



Jackelyne Acurio Baca
LIC. EN ENFERMERIA
CEP. 73913

3. ¿Por qué creé que el Estado no ha tipificado la maternidad subrogada, ni lo ha incluido en el Código Civil?

Porque las leyes que se promueven y llegan a establecerse actualmente se fijan de acuerdo a la coyuntura y el respaldo social, al no ser un tratamiento destinado a establecer la forma de acceso de todas las personas sino solo de aquellos que tienen problemas de procreación el estado continua dejando de lado lo relacionado a este tema.

4. ¿Creé usted que incorporar la maternidad subrogada en el Código Penal garantizaría la protección de los Derechos del niño y niña?

Como indique previamente, considero que hay ciertos aspectos que debería ser tomados en cuenta, de cómo debería ser la manera correcta de llevarse este tratamiento y que asimismo no genere problemas en quienes acceden a ella, ya sean los solicitantes, el menor fruto de este tratamiento y aquellos que acceden a cooperar para su realización. Es importante establecer sanciones para aquellos que no cumplan con las necesidades y busquen este tratamiento para propiciar otras acciones ya que es adecuado impedir que las personas que no necesiten de este medio lo soliciten pues como señale previamente le da un valor a la vida y si las clínicas de fertilidad y profesionales de la salud promueven esta práctica la dotaríamos de una naturaleza mercantil. Debemos tener en cuenta que nacido el menor se verá privado de tener el beneficio alimentario que le otorgaría quien lo gestó y ello podría generarle problemas en su salud.

OBJETIVO ESPECIFICO 1

Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la identidad del niño y niña.

5. ¿Cómo afecta al recién nacido por maternidad subrogada el hecho de ver impedido el registro de su nacimiento ante RENIEC?

Es un problema que los profesionales del Derecho no han abordado oportunamente, por ello hemos visto casos que han sido llevados a juicio para que el juez decida a quienes le corresponde la paternidad y por ende que apellidos le corresponde al menor. Considero que si el estado llegara a establecer una ley sobre este tratamiento, abordaría adecuadamente todos los aspectos y RENIEC tendría las funciones para registrarlos como es debido, de tal forma no existiría estos problemas en los derechos del menor.


Jackeline Acuña Bac
LIC. EN ENFERMERIA
CEP 73916

6. ¿Creé usted que el desconocimiento de los nacidos por maternidad subrogada respecto a sus orígenes biológicos puede perjudicar el desarrollo de su identidad?

Creo que la identidad es un proceso que el ser humano desarrolla de acuerdo al contexto en el que vive y con quienes conforman su familia. El desconocer sus orígenes biológicos considero yo, no podría repercutir en algo que vamos construyendo con el devenir del tiempo.

OBJETIVO ESPECIFICO 2

Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la integridad del niño y niña.

7. Teniendo en cuenta que la integridad reúne aspectos morales, físicos y psicológicos ¿Creé usted que la maternidad subrogada atenta contra el Derecho a la integridad del niño y niña?

Sabemos que los nacidos por maternidad subrogada presentan más problemas médicos que los gestados o nacidos por la vía natural, embarazos gemelares, o aquellos que presentan menor tiempo de gestación, el nacimiento de niños prematuros o aquellos con algunas taras o problemas en salud como síndromes o problemas cardíacos ; en esa misma idea los problemas a nivel psicológico responden al menor nacido debido a que el alejamiento lo desestabiliza pues este reconoce el hábitat donde se ha formado y al separarlo de ella influye en su desarrollo neurológico que se reflejan fisiológicamente presentando anomalías que atenta a su sistema respiratorio e inclusive su sistema inmune.

8. ¿De qué manera se ven afectados en su desarrollo el niño y niña que fueron separados de quien llevo el proceso de gestación?

Debemos tener presente la importancia que significa para el menor el hecho de tener acceso a la leche materna, privarlo de ello repercute en un crecimiento deficiente que refleja en problemas en su salud , afectaciones cardíacas o la probabilidad de adquirir infecciones debido al bajo sistema inmune que presenta, no hay manera de suplir algo tan esencial en su desarrollo por lo que es recomendable que para evitar estos problemas los primeros seis meses se tenga acceso a una alimentación exclusiva de este alimento.

.....
Jackeline Acuña
LIC. EN ENFERMERIA
C.E.P. 79916
.....

Firma del entrevistado

GUIA DE ENTREVISTA

Título: La tipificación de la maternidad subrogada como garantía para la no afectación de los Derechos del niño y niña.

Entrevistado(a): Abanto Pascual María del Pilar

Cargo/profesión/grado académico: Cursando Maestría en Derecho Procesal Penal

Institución: Abogada Litigante

OBJETIVO GENERAL

Analizar si constituye un factor determinante la tipificación de la maternidad subrogada para evitar afectaciones a los derechos del niño y niña.

Preguntas:

1. ¿De qué manera creé usted que la tipificación de la maternidad subrogada evitaría afectaciones a los derechos del niño y niña?

Creo que se evitarían muchas complicaciones en la medida que la normatividad a desarrollar abarque la mayor cantidad de aspectos relacionados a esta técnica, vale decir aspectos jurídicos, médicos, psicológicos es un problema que atañe al derecho nacional debido a que son pocas las legislaciones que la admiten, desde esa perspectiva comprende ambas esferas del derecho, tanto privado como público, por un lado, por un lado los acuerdos que se pactan entre quienes recurren a ella, el establecimiento concreto de la norma enfocado a la protección de derechos y las libertades y por el otro en manejo oportuno de las prohibiciones y limitaciones de quienes puedan recurrir a ella, por lo tanto, articular una normativa clara y expresa que sea enfocada en el mejor derecho de los nacionales es una necesidad prioritaria para sortear los problemas presentados que con el tiempo se dan con mayor frecuencia.

2. ¿Por qué creé que el Estado no ha tipificado la maternidad subrogada, ni lo ha incluido en el Código Penal?

Porque una regulación penal debe ir posterior a una regulación civil o en todo caso a la par en la medida que pueda accionar respecto a la comisión de posibles delitos respecto a determinada situación con el objetivo de


María del Pilar Abanto Pascual
ABOGADA
C.A.L. 71935

mantener la vida en común entre los ciudadanos, no podríamos establecer un marco normativo sancionador exclusivamente a una manifestación que abarca distintos tipos y características particulares, más aun cuando el derecho civil no otorga una regulación jurídica sobre los temas que vinculan a esta técnica ni que aspectos pueden o no pactarse siendo un tema aun abierto a debate.

3. ¿Por qué creé que el Estado no ha tipificado la maternidad subrogada, ni lo ha incluido en el Código Civil?

Debido a que nuestro país es un estado jurídicamente conservador y donde la posición que mantiene la iglesia católica es significativa para cierta toma de decisiones. En una investigación que desarrolle sobre el tema venjique que un factor para la ausencia de una regulación era que frente a los casos que se iban presentando el sistema jurídico nacional lo resolvía en base al principio de interés superior del niño a causa de ello existe variada jurisprudencia; hace poco se reconoció tácitamente los acuerdos de maternidad subrogada en sentencia emitida por un órgano constitucional reconociendo como madre a quien contrató y no gesto ni dono el ovulo. Es por ello que considero que el estado no se ocupa de una regulación y siguen en carpeta diversos proyectos de ley sobre la materia.

4. ¿Creé usted que incorporar la maternidad subrogada en el Código Penal garantizaría la protección de los Derechos del niño y niña?

Creo que de manera accesorio se puede imponer sanciones para aquellos personas que promuevan el mercantilismo de una práctica humana solidaria y de las que muchas parejas en el mundo recurren a ella al verse impedidos de lograrse como padres debido a carencias naturales. Fomentar una demanda que bien puede ser aprovechada por personas inescrupulosas y que derivan en la comisión de otros delitos, ya en nuestra realidad nacional se han presuntado actos a través casos donde mafias internacionales ingresaban al país con el objetivo de aprovecharse de la ausencia normativa para

realizar estas prácticas apoyados en el escudamiento de clínicas que falsificaban documentos de los menores, generando posibles delitos de tráfico de niños, alteración de la filiación entre otros.

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la identidad del niño y niña.

5. ¿Cómo afecta al recién nacido por maternidad subrogada el hecho de ver impedido el registro de su nacimiento ante RENIEC?

La ausencia de una norma que reconozca su estado filiatario especial lo afecta en la medida que lo deja en un limbo jurídico mientras se resuelve su situación, medida a la que no sería necesario llegar si es, estas situaciones no solo atañen nuestra realidad jurídica, es una situación que se da en todos los países reglados o no sobre la materia y a lo cual la Corte de la Haya se manifestó en años atrás exigiendo que cada legislación sobre la materia reconozca el derecho filiatario relacionado a los padres legales de intención.

6. ¿Creó usted que el desconocimiento de los nacidos por maternidad subrogada respecto a sus orígenes biológicos puede perjudicar el desarrollo de su identidad?

El derecho a la identidad envuelve nuestra historia y proveniencia, como derecho fundamental no se puede ni debe desconocerse, por tanto otorgar una máxima protección es esencial para no ocasionar un desmedro de la personalidad en su concepción como ser humano. En esa medida y en el tipo particular heterólogo de esta técnica puede ejercer y redamar su derecho e interés de saber y conocer la verdad biológica.

.....

.....

.....

OBJETIVO ESPECIFICO 2

Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la integridad del niño y niña.

7. Teniendo en cuenta que la integridad reúne aspectos morales, físicos y psicológicos ¿Cree usted que la maternidad subrogada atenta contra el Derecho a la integridad del niño y niña?

Si el fin es altruista no veo la manera en que pueda verse vulnerado ese derecho, exponer al nacido al alejamiento forzado de quien no quiere entregarlo o mediante un pacto económico. Ciertamente podría afectarlo debido a los vínculos que se crean entre gestante y gestado, el reconocimiento que tiene el nuevo ser del entorno donde se concibió podría ser un factor que quizás repercuta psicológicamente en su personalidad.

.....

.....

8. ¿De qué manera se ven afectados en su desarrollo el niño y niña que fueron separados de quien llevo el proceso de gestación?

Debemos tener en cuenta que el niño necesita como alimento prioritario la leche materna, si ello manca su desarrollo físico-integral y es médicamente comprobado que no puede ser suplido o paliado de una manera adecuada sería de importante consideración regular medidas de apoyo o acuerdos entre quienes recurren a ella para superar algún problema de salud o alimentación.

.....

GUIA DE ENTREVISTA

Título: La tipificación de la maternidad subrogada como garantía para la no afectación de los Derechos del niño y niña.

Entrevistado(a): Grace Victoria Beltrán Cuzado

Cargo/profesión/grado académico:
Asistente Legal

Institución:
Procuraduría de Lavado de activos

OBJETIVO GENERAL

Analizar si constituye un factor determinante la tipificación de la maternidad subrogada para evitar afectaciones a los derechos del niño y niña.

Preguntas:

1. ¿De qué manera creé usted que la tipificación de la maternidad subrogada evitaría afectaciones a los derechos del niño y niña?

Creo innecesaria la tipificación penal de la materia,
más si es pertinente su regulación civil, pues esto
permitiría que más personas opten por este mecanismo
alternativo para ser padres.

2. ¿Por qué creé que el Estado no ha tipificado la maternidad subrogada, ni lo ha incluido en el Código Penal?

La Maternidad subrogada no afecta bienes jurídicos penalmente
relevantes, esta situación jurídica regula intracciones sociales
pertenecientes al ámbito civil, familiar o Criminalizar esas


Grace Beltrán C.
Abogada
Rg. CAL 63515

Conductas significaría limitar las posibilidades ^{de ser padres} de parejas que lo utilizan como una vía alternativa.

3. ¿Por qué creé que el Estado no ha tipificado la maternidad subrogada, ni lo ha incluido en el Código Civil?

El Código civil, como la mayoría de cuerpos normativos, es conservador. La maternidad subrogada es un mecanismo "antinatural" para el concepto de familia y paternidad que maneja el código. Con esto no estoy diciendo que no debería regularse, sino brindando una aplicación potencial a su regulación.

4. ¿Creé usted que incorporar la maternidad subrogada en el Código Penal garantizaría la protección de los Derechos del niño y niña?

Como la mención de sobre criminalizar conductas no es la vía para regular la materia, por el contrario, considero que su tipificación demostraría a los jueces a prestar su viestre.


Enacar Beltrán C.
Abogada
Reg. CAL 63515

.....
.....
OBJETIVO ESPECIFICO 1


Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la identidad del niño y niña.

5. ¿Cómo afecta al recién nacido por maternidad subrogada el hecho de ver impedido el registro de su nacimiento ante RENIEC?

La identidad de toda persona se encuentra sustentada en parte por el reconocimiento que le brinda el Estado, de esta manera, que el Estado no reconozca ni brinde vías de reconocimiento de a la madre biológica del menor.

6. ¿Creé usted que el desconocimiento de los nacidos por maternidad subrogada respecto a sus orígenes biológicos puede perjudicar el desarrollo de su identidad?

Idm. S.


Grazi Belhén Cruzado
ABOGADA
Rg. CAL 63515

.....
.....
.....

OBJETIVO ESPECIFICO 2

Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la integridad del niño y niña.

7. Teniendo en cuenta que la integridad reúne aspectos morales, físicos y psicológicos ¿Cree usted que la maternidad subrogada atenta contra el Derecho a la integridad del niño y niña?


La integridad psicológica y moral de la persona depende de se ve afectado cuando el Estado no reconoce su ascendencia, eso afecta su autoestima y los parámetros morales en los que se desenvuelve.

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

8. ¿De qué manera se ven afectados en su desarrollo el niño y niña que fueron separados de quien llevo el proceso de gestación?

De ninguna manera, en menor puede vivir bien si las personas que lo cuidan le brindan los cuidados necesarios para suplir las ausencias de la gestante; como darle leche en fórmula, y otros.

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....


Grace V. Beltrán C.
Abogada
Reg. CAL 63515

GUIA DE ENTREVISTA

Título: La Tipificación de la Maternidad Subrogada como garantía para la no afectación de los Derechos del niño y niña.

Entrevistado(a): Dr. CERNA MANYARI, Anthony Christian

Cargo/profesión/Grado académico: JUEZ DEL QUINTO JUZGADO DE INVESTIGACION PREPARATORIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

Institución: PODER JUDICIAL

OBJETIVO GENERAL

<p>Analizar si constituye un factor determinante la tipificación de la maternidad subrogada para evitar afectaciones a los derechos del niño y niña.</p>

- 1. ¿De qué manera creé usted que la tipificación de la maternidad subrogada evitaría afectaciones a los derechos del niño y niña?**

Considero que la tipificación penal podría darse en tanto se determine que esa práctica genere por el lado biológico algún tipo de resultados nefastos para la humanidad y desde esa perspectiva habría que indagar los fundamentos por los que se negó la clonación y que constituye delito contra la humanidad, sin embargo hasta que no se compruebe que esta práctica genere medicamente taras y consecuencias gravemente perjudiciales no puede constituirse como delito, además deberá negarse las practicas mediales para poder conseguir la maternidad subrogada , como son las prácticas de inseminación artificial y fecundación in vitro. Por lo que , si ambas están reconocidas en nuestra legislación y admitidas como tales a partir de allí no podrían efectuarse cuestionamientos penales , desde ese punto de vista médico no se tipificaría como delito porque los medios no son delito debido ya que son aceptados en nuestra legislación. Si llegáramos a ensayar algún argumento médico que ocasionara consecuencias nefastas para el ser humano tendríamos que negar previamente las practicas mediales , inseminación artificial y fecundación in vitro; mediante excepciones para aquellas personas que recurran a ella presenten una necesidad real comprobada; siendo esto el límite. Si las prácticas se realizan fuera de la

existencia de la necesidad real de algún miembro de la pareja por algún problema genético, que rebase los límites establecidos en lo civil puede ingresar en una tipificación penal si lo que se protege es un bien jurídico relevante. Entonces si las prácticas se realizan fuera de las excepciones para las que están destinadas, podría regularse penalmente no solo la maternidad subrogada si no las practicas mediales.

2. ¿Por qué creé que el Estado no ha tipificado la maternidad subrogada, ni lo ha incluido en el Código Penal?

En principio porque la maternidad subrogada no es una materia civilmente regulada, no ha habido intención o voluntad del legislador de considerar esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, por tal motivo existe un vacío legal; desde esa perspectiva todos los problemas que civilmente puedan generarse no pueden ser base para generar una protección penal, es decir, los inconvenientes civiles que se puedan producir por identidad o problemas propios entre las partes de mantener o no las decisiones inicialmente adoptadas y en general, al no estar reconocidas como tal, no existe manera de tipificarlo penalmente. Entonces, antes de realizar una tipificación penal, primero debemos ver si al regular esta materia civilmente, los problemas que consideramos existen desaparecen y a partir de ello lo que se encuentre fuera de la norma civil regularlo penalmente, como sería el caso de una maternidad subrogada obligada o de una persona en estado de vulneración que desarraigan de su lugar de origen alejado de su gente y costumbres o por sus necesidades económicas, lo que no le permitiría tomar una decisión racional al respecto; por ello las condiciones en las que tiene que estar una persona para tomar una decisión como esta tienen que estar reguladas. Así mismo hay muchos otros aspectos que se podrían regular, pero si no verificamos mediante la regulación civil aquellos aspectos que consideramos afectaciones, no se podría establecer los derechos que deberían ser de amparo penal.

3. ¿Por qué creé que el Estado no ha tipificado la maternidad subrogada, ni lo ha incluido en el Código Civil?

Porque no hay voluntad política y corresponde a una minoría, además que es una materia complicada que no genera los réditos políticos que se esperan por lo que no es atractiva para el

legislador. Pero si considero que debería legislarse y debería reconocerse porque precisamente el Derecho regula lo que ya existe y no impide el desarrollo, evolución o la dinámica de los seres humanos.

4. ¿Creé usted que incorporar la maternidad subrogada en el Código Penal garantizaría la protección de los Derechos del niño y niña?

El problema que actualmente podría repercutir en los derechos de los niños y niñas al margen de lo medico como son su registro en RENIEC, su derecho a la identidad, cuando debe o no conocer su origen, sí debe tener un registro de biológicamente a quien pertenece a efectos de tener algún tipo de asistencia genética por algún tipo de enfermedad hereditaria ; ese tipo de cuestiones bien reguladas garantizaría la protección del niño y de la niña; no necesariamente recurrir a la materia penal , recurrimos a la materia penal cuando los límites que se establezcan en la materia civil se excedan y sobrepasen los límites establecidos.

OBJETIVO ESPECIFICO 1

Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la identidad del niño y niña.

5. ¿Cómo afecta al recién nacido por maternidad subrogada el hecho de ver impedido el registro de su nacimiento ante RENIEC?

La causa real está en el vacío legal presente en el derecho civil y a la ausencia de una norma destinada a su tratamiento, por ello reitero que siempre que se establezca una regulación civil se podrá evitar estas afectaciones a los derechos de los niños y niñas.

6. ¿Creé usted que el desconocimiento de los nacidos por maternidad subrogada respecto a sus orígenes biológicos puede perjudicar el desarrollo de su identidad?

Si, podría; debido a que la identidad es algo que se va formando y como tal el concepto que tiene uno mismo y el concepto en el que se desarrolla. Ello incluye orígenes bilógicos, además de su entorno, pero el componte biológico desde mi perspectiva no es determinante pues no se

podría considerar una afectación grave a su derecho a la identidad, sin embargo se debería efectuar ciertos estudios de que es lo que genera mayor afectación; conocer que su origen es una inseminación artificial que conlleva a una maternidad subrogada o el hecho de desconocerlo y evaluar de qué manera el ser humano sobrelleva mejor esa información. Desde un punto de vista constitucional a mayor información siempre es mejor, entonces si es que se le informa desde siempre cuáles son sus orígenes ya decide esa persona si es que desarrolla algún tipo de investigación para buscar a sus ancestros y reconocerse con algún tipo de identidad biológica o por otro lado lo sobrelleva y mantiene la figura de padres con aquellos que lo han criado. En conclusión el desconocimiento podría generar problemas de identidad y por tanto debería evitarse mediante una regulación civil, regulándolo adecuadamente respecto a los derechos del niño. Asimismo estos derechos tendrían que tener un poco más de protección porque es un poco más prevalente a la posibilidad de los daños que podría generarse.

OBJETIVO ESPECIFICO 2

Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la integridad del niño y niña.
--

**7. Teniendo en cuenta que la integridad reúne aspectos morales, físicos y psicológicos
¿Creé usted que la maternidad subrogada atenta contra el Derecho a la integridad del
niño y niña?**

Considero que esta pregunta lo tiene que responder un médico, sin embargo; considero que si existen prácticas de inseminación artificial y fecundación in vitro que están aceptadas, y así se mantiene en nuestra legislación considero que no. Creo que no atentaría contra el derecho de los niños y niñas o más aun contra la humanidad, porque son prácticas con anterioridad a su existencia, por lo tanto considero que hasta que medicamente no pueda establecerse con claridad no debería considerarse como atentatorio, aunque siempre hay riesgos, pero son riesgos menores que se superponen a los derechos de las personas que están buscando este tipo de resultados, siempre hay derechos contrapuestos y limites que hay que respetar.

8. ¿De qué manera se ven afectados en su desarrollo el niño y niña que fueron separados de quien llevo el proceso de gestación?

Yo aquí no puedo dar una conclusión definitiva pero creo que en nada. Me parece un poco difícil de comprobar que un niño sea afectado porque es separado de quien llevo el proceso de gestación , considero que el estado y el recuerdo se forma a partir de determinada edad y ello no podría establecer alguna consecuencia o afectación psicológica para ello, al menos no visiblemente.

.....
Firma del entrevistado

GUIA DE ENTREVISTA

Título: La Tipificación de la Maternidad Subrogada como garantía para la no afectación de los Derechos del niño y niña.

Entrevistado(a): Dr. CRISOSTOMO SALVATIERRA, Oscar Alfredo

Cargo/profesión/grado académico: JUEZ DEL PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACION PREPARATORIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

Institución: PODER JUDICIAL

OBJETIVO GENERAL

Analizar si constituye un factor determinante la tipificación de la maternidad subrogada para evitar afectaciones a los derechos del niño y niña.

1. ¿De qué manera creé usted que la tipificación de la maternidad subrogada evitaría afectaciones a los derechos del niño y niña?

La norma extrapenal debe regular todo los extremos de esa institución para en el caso de detectar que hay conductas que vulneran el bien jurídico que se establezcan en esa institución, recién pueda llevarse al campo penal como vía excepcional como ultima ratio ¿sea no debería regularse todavía penalmente mientras no se encuentre establecida en la vía civil las definiciones la estructura los objetivos, los mecanismos de cómo debe llevarse regularmente esa institución, que cuando la gente se salga para tratar personas o hacer falsedades o vulnerar derechos biológicos de algún menor allí si debe entrar el campo penal pero primero hay que establecer reglas en el campo civil.

2. ¿Por qué creé que el Estado no ha tipificado la maternidad subrogada, ni lo ha incluido en el Código Penal?

Porque en el campo civil hay problemas de regulación no obstante que hay la fecundación in vitro, todavía los autores del campo civil siguen poniéndose de acuerdo de como regular de acuerdo a la legislación comparada, por ello creo que aún no se regula.

3. ¿Por qué creé que el Estado no ha tipificado la maternidad subrogada, ni lo ha incluido en el Código Civil?

No obstante que se puede dar esa figura de esa institución, me parece que estado todavía no tiene claro esa institución ni las consecuencias de los derechos que emanan del padre, la madre

PODER JUDICIAL
OSCAR ALFREDO SALVATIERRA
JUEZ
PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACION PREPARATORIA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

sustituta o la madre contratante y no saben definirlo, entiendo yo, en el campo de familia o en el campo del contrato entonces hay discusiones doctrinarias en el campo extrapenal para definir los extremos en el cual debe caer esa figura, familia, personas o contratos.

4. ¿Creé usted que incorporar la maternidad subrogada en el Código Penal garantizaría la protección de los Derechos del niño y niña?

Como última ratio si, por que el código penal tiene un artículo que tutela el daño al concebido en el 124, también puede tutelar lo demás, entonces también puede haber una figura especial cuando hay un ánimo doloso de perjudicar la filiación del menor así como a los padres biológicos.

OBJETIVO ESPECIFICO 1

Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la identidad del niño y niña.

5. ¿Cómo afecta al recién nacido por maternidad subrogada el hecho de ver impedido el registro de su nacimiento ante RENIEC?

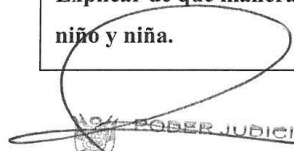
Es que como no está regulado Reniec no puede intervenir pero si Reniec tuviese acceso a contratos que sean objetos de ingreso a Reniec, cosa que cuando el padre legal dé la inscripción Reniec lo acepte porque ya está predeterminado

6. ¿Creé usted que el desconocimiento de los nacidos por maternidad subrogada respecto a sus orígenes biológicos puede perjudicar el desarrollo de su identidad?

No creo, porque la crianza el amor de un niño de los padres con los que esta es difícil borrarlo por ello el tribunal ha dicho que cuando uno tiene un hijo extramatrimonial y quiere reconocerlo después de mayor no debe hacerse por que ya tiene una identidad con la familia quien lo crió

OBJETIVO ESPECIFICO 2

Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la integridad del niño y niña.


PODER JUDICIAL
OSCAR ALFREDO CRISOSTOMO SALVATIERRA
PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

**7. Teniendo en cuenta que la integridad reúne aspectos morales, físicos y psicológicos
¿Creé usted que la maternidad subrogada atenta contra el Derecho a la integridad del
niño y niña?**

Yo creo que no afecta porque al final el niño se va quedar en el seno familiar en el cual se ha predeterminado entre los acordantes y el que la forma es el que lo va criar por lo cual no lo va afectar.

**8. ¿De qué manera se ven afectados en su desarrollo el niño y niña que fueron separados
de quien llevo el proceso de gestación?**

Yo creo que allí tendría que hacerse estudios de campo en la psicología con esos niños porque hay la idea de que uno debe conocer a sus padres biológicos, pero considero que eso necesariamente no lo va afectar si el trato en el hogar ha sido bueno, sin embargo si el trato ha sido malo querría conocer a su familia biológica. Yo creo que ese aspecto va más abocado al campo de la psicología por lo que escapa de mi campo.


PODER JUDICIAL
OSCAR ALVARADO
JUEZ
PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA
BOLETA SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

GUIA DE ENTREVISTA

Título: La tipificación de la maternidad subrogada como garantía para la no afectación de los Derechos del niño y niña.

Entrevistado(a): Juan Obando Rodriguez

Cargo/profesión/grado

Medico Cirujano Obstetra y Profesor en la Universidad Mayor de San Marcos

académico:

Institución:

Clinica del Colegio de Abogados.

OBJETIVO GENERAL

Analizar si constituye un factor determinante la tipificación de la maternidad subrogada para evitar afectaciones a los derechos del niño y niña.

Preguntas:

1. ¿De qué manera creé usted que la tipificación de la maternidad subrogada evitaría afectaciones a los derechos del niño y niña?

FAVORABLE SEA EN EL AMBITO CIVIL O PENAL YA
QUE FIZARIA LIMITES Y ESTABLECERIA CONDICIONES
Y REQUISITOS PARA ACCEDER A ELLA

2. ¿Por qué creé que el Estado no ha tipificado la maternidad subrogada, ni lo ha incluido en el Código Penal?

POUNQUE CANGEN DE UN RESPALDO EN OTRAS NORMAS
QUE AYUDAN A VISUALIZAR QUE ACTIVIDADES LEGITIMAS
SE REALIZAN

Porque mayormente se pactan acuerdos económicos y ello es antiético y contrario a lo que la ley regula

CREO QUE FRENARÍA LA EXPLOTACIÓN DE UN MÉTODO POSITIVO PARA LAS REGIONES QUE NO PUEDEN SECRETAR.

.....
.....
OBJETIVO ESPECIFICO 1

Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la identidad del niño y niña.

5. ¿Cómo afecta al recién nacido por maternidad subrogada el hecho de ver impedido el registro de su nacimiento ante RENIEC?

GRAVEMENTE POR ESO ES NECESARIO QUE SE REGISTRE
ESTE NIÑO EN RENIEC

6. ¿Cree usted que el desconocimiento de los nacidos por maternidad subrogada respecto a sus orígenes biológicos puede perjudicar el desarrollo de su identidad?

CREO QUE NO ES DETERMINANTE PARA LA FORMACION
DE UNA IDENTIDAD

OBJETIVO ESPECIFICO 2

Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la integridad del niño y niña.

7. Teniendo en cuenta que la integridad reúne aspectos morales, físicos y psicológicos ¿Cree usted que la maternidad subrogada atenta contra el Derecho a la integridad del niño y niña?

DE NINGUNA MANERA A NIVEL MORAL, A NIVEL FISICO Y PSICOLOGICO SE PUEDEN DAR CUENTAS INCONVENIENTES QUE DE ACUERDO A LA GUAYANA SEAN FAVORABLE O PERJUDICIAL, POR OTRO LADO DESCONOCER NUESTRA RELACION CONSAGRADA CON NUESTROS PADRES LIMITA NUESTRA POSIBILIDAD DE ACERCAR A UN APOYO FRENTE A POSIBLES PROBLEMAS EN LA SALUD, EL ACCESO A UN DONANTE COMPATIBLE.

8. ¿De qué manera se ven afectados en su desarrollo el niño y niña que fueron separados de quien llevo el proceso de gestación?

ES IMPORTANTE SEÑALAR QUE LOS EFECTOS PARA EL NERNATO PUEDEN SER ADVERSOS YA QUE POR NUEVE MESES SE ADAPTA AL UTERO DE LA GESTANTE GENERANDO NO SOLO UN VINCULO INTIMO A NIVEL PSICOLOGICO SINO QUE ADONAS RECONOCE Y PERCEBE LA PRESENCIA DE SU MADRE APARTARLO PUEDE LLEVAR A GENERAR CONSECUENCIAS QUE

...PUEDEN OCASIONAL ALTERACIONES Y TRANSFORMOS. GJ...
...SU SALUD Y CORRECTO DESARROLLO DE SUS FUNCIONES...


EMP014289
Firma del entrevistado

GUIA DE ENTREVISTA

Título: La tipificación de la maternidad subrogada como garantía para la no afectación de los Derechos del niño y niña.

Entrevistado(a): William Jesús Oblitas Villalobos

Cargo/profesión/grado/académico: Abogado PP-MINSA, Catedrático Universitario

Institución:

Ministerio de Salud, Universidad Peruana de Los Andes (UPLA)

OBJETIVO GENERAL

Analizar si constituye un factor determinante la tipificación de la maternidad subrogada para evitar afectaciones a los derechos del niño y niña.

Preguntas:

1. ¿De qué manera creé usted que la tipificación de la maternidad subrogada evitaría afectaciones a los derechos del niño y niña?

Desde el punto de vista social evita la informalidad, evita el tráfico de menores y la renta o alquiler bajo condiciones poco legales. El tipificar la maternidad subrogada ayuda a que concuerde el interés superior del niño, la autodeterminación, el derecho a la dignidad y el derecho a la identidad del menor. El hecho de tipificar su uso actualmente muy maltrato, permite que el propio derecho evolucione a la par de la sociedad.

2. ¿Por qué creé que el Estado no ha tipificado la maternidad subrogada, ni lo ha incluido en el Código Penal?

El poder legislativo aún no pone en discusión temas de enorme trascendencia como la maternidad subrogada. La causa es el nivel de la representación, la escasa valoración de los problemas sociales, la ausencia de políticas de Estado en temas relacionados a la maternidad. En igual sentido el Ejecutivo.

3. ¿Por qué creé que el Estado no ha tipificado la maternidad subrogada, ni lo ha incluido en el Código Civil?

En el último Código Civil, la figura de la maternidad subrogada no estaba tan desarrollada. Actualmente la ausencia de calidad en el Legislativo impide abordar dichos temas con la progresión del caso.

El Poder Ejecutivo tiene la misma condición, ya que es la rama de política de Estado a favor de la población en temas de protección a los menores.

4. ¿Creé usted que incorporar la maternidad subrogada en el Código Penal garantizaría la protección de los Derechos del niño y niña?

A mi parecer la maternidad subrogada es un tema propio del derecho civil. Con mayor razón del tema de familia. El dolo de ponerlo en un tipo penal degeneraría su esencia y su objeto.

Otra disciplina que entra a fallar y que tiene que ser modificada es el Código del Niño.

OBJETIVO ESPECIFICO 1

Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la identidad del niño y niña.

5. ¿Cómo afecta al recién nacido por maternidad subrogada el hecho de ver impedido el registro de su nacimiento ante RENIEC?

Afecta sus derechos constitucionales directos, uno de ellos el derecho a la identidad, el derecho al nombre, el derecho a la dignidad, a la igualdad.

tal actitud impide al menor el poder desarrollar su personalidad libremente.

6. ¿Creé usted que el desconocimiento de los nacidos por maternidad subrogada respecto a sus orígenes biológicos puede perjudicar el desarrollo de su identidad?

Lo que esencialmente perjudica es que se les impida el registro y que se les impida el derecho al nombre. La identidad es un derecho fundamental, el mismo que se veía frangido.

OBJETIVO ESPECIFICO 2

Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la integridad del niño y niña.

7. Teniendo en cuenta que la integridad reúne aspectos morales, físicos y psicológicos ¿Cree usted que la maternidad subrogada atenta contra el Derecho a la integridad del niño y niña?

El Derecho a la integridad no debe afectar la dignidad y el derecho a la igualdad del menor.
Por aspectos físicos o psicológicos se derivan de la afectación mencionada. En cuanto a los aspectos morales, la integridad sobrepasa dichos aspectos.
En el caso expuesto, la maternidad subrogada no afecta la integridad del niño o niña, todo por el contrario, más bien la justifica.

8. ¿De qué manera se ven afectados en su desarrollo el niño y niña que fueron separados de quien llevo el proceso de gestación?

No existe norma legal que deriba ello, menos jurisprudencia que indique la existencia de daños alguno.
Es más la Corte IDH lo justifica y lo estimula en el Caso: *Artavia Murillo vs Costa Rica*. Con ello se indica la regularidad del proceso de maternidad subrogada.

Firma del entrevistado

William J. Oblitas Villalobo.
Abogado
CAL: 58835

GUIA DE ENTREVISTA

Título: La tipificación de la maternidad subrogada como garantía para la no afectación de los Derechos del niño y niña.

Entrevistado(a): QUINONES QUINONES LUIS ENRIQUE.....

Cargo/profesión/grado

académico:

JUEZ DE FAMILIA DEL JUEGO TRANSITORIO DE CARABAYLO

Institución:

PODER JUDICIAL.....

OBJETIVO GENERAL

Analizar si constituye un factor determinante la tipificación de la maternidad subrogada para evitar afectaciones a los derechos del niño y niña.

Preguntas:

1. ¿De qué manera creé usted que la tipificación de la maternidad subrogada evitaría afectaciones a los derechos del niño y niña?

TIPIFICAR LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO DELITO SERIA MUY COMPLEJO
YA QUE ES UNA ACTIVIDAD CONCURSORA POR PERSONAS CON INCAPACIDAD
DE MODERAR NATURALMENTE EXERCICIENDO LA POSIBILIDAD QUE LE OTORGA
LA CIENCIA MEDICA, AL RESPECTO DEBO SEÑALAR QUE ES NECESARIO
ESTABLECER MEDIDAS ADECUADAS PARA SU REALIZACION LAS CUALES
NO DEJEN VACIOS QUE DERIVEN EN SITUACIONES QUE PUEDAN
CONVERTIRSE EN DELITOS

2. ¿Por qué creé que el Estado no ha tipificado la maternidad subrogada, ni lo ha incluido en el Código Penal?

PRINCIPALMENTE PORQUE NO SE HA DESARROLLADO EN EL
CODIGO CIVIL NI EN NINGUNA OTRA NORMATIVA, LO QUE INHIBE
OBSERVAR AL LEGISLADOR COMO SE DESARROLLA ESTA

PRACTICA MEDICA EN EL AMBITO CIVIL QUE CONSIDERO ES DE
SU COMPETENCIA

3. ¿Por qué creé que el Estado no ha tipificado la maternidad subrogada, ni lo ha incluido en el Código Civil?

CONSIDERO QUE EL ESTADO NO HA TIPIFICADO LA MATERNIDAD
SUBROGADA DEBIDO A LA DIFICULTAD QUE EXISTE SOBRE EL ASUNTO,
NO PODIA SER INCORPORADO EN EL LIBRO DE LOS CONTRATOS
YA QUE SERIA NULO, PUES CONSIDERANDO LO QUE ESTABLECE EL
ARTICULO QUINTO DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL, SE
SANCIONA CON NULIDAD AQUELLOS ACTOS QUE SON CONTRARIOS
AL ORDEN PUBLICO Y A LAS BUENAS COSTUMBRES, YA QUE PACTAR
SOBRE ELLO AFECTA DERECHOS TANTO DE LA MUJER COMO DEL NIÑO
NACIDO DE ELLA, POR LO TANTO CONSIDERO ADECUADA ESTA PRACTICA
EN EL LIBRO DE FAMILIA.

4. ¿Creé usted que incorporar la maternidad subrogada en el Código Penal garantizaría la protección de los Derechos del niño y niña?

SERIA DEPOSITIVO QUE EL CODIGO OCUPA UN APARTADO PARA
CONDUCTAS ENFOCADAS EN LA PROMOCION DE DICHA PRACTICA,
DE IGUAL MANERA A LA CAPTACION DE PERSONAS PARA SU
REALIZACION.

Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la identidad del niño y niña.

NO AFECTA GRAVEMENTE DEBIDO A QUE NO SE LE OTORGA
UN RECONOCIMIENTO DE SU IDENTIDAD, PERO ELLO ESCAPA
DE LA RESPONSABILIDAD DEL REAMIC DEBIDO A QUE EL ESTADO
Y LA LEY NO LE HA CONFERIDO FACULTADES PARA HACERLO Y
PORQUE LA AUSENCIA DE REGULACION DADO QUE ESTOS SUCESES
SIGAN DANDOSE.

Las personas nos desarrollamos y adquirimos una identidad en el ambiente en el cual nos encontramos, si el ambiente familiar y social es bueno se constituye una persona con valores sólidos por lo que considero que el desconocimiento de sus orígenes biológicos no es perjudicial según mi punto de vista.

.....
.....
.....

OBJETIVO ESPECIFICO 2

Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la integridad del niño y niña.

7. Teniendo en cuenta que la integridad reúne aspectos morales, físicos y psicológicos ¿Cree usted que la maternidad subrogada atenta contra el Derecho a la integridad del niño y niña?

CONSIDERO QUE ES UN ASPECTO QUE DEBERIA DESARROLLAR UN ESPECIALISTA EN LA SALUD DEBIDO A SUS CONOCIMIENTOS SOBRE ESTE TEMA

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

8. ¿De qué manera se ven afectados en su desarrollo el niño y niña que fueron separados de quien llevo el proceso de gestación?

CREO OPORTUNO QUE AL MOMENTO DE TRABAJAR UNA REGULACION REFERENTE EN ESTE TEMA SE CONSIDERE ESTUDIOS Y TRABAJOS DE CAMPO SOBRE ESTE ASPECTO EN RAZON DE QUE SOLO LA CIENCIA MEDICA NOS PUEDE ORIENTAR LOS ASPECTOS QUE GENEREN CONSECUENCIAS EN EL NIÑO VALIENDO QUE UNA CAUSA PODRIA SER LA AUSENCIA DE OBTENER LECHE DE LA MADRE, LO QUE SERIA PERJUDICIAL

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

PARA LA SALUD DEL MENOR, ASÍ MISMO DEBEROS IDENTIFICAR.....
SI EXISTEN OTRAS CONSECUENCIAS EN ESTE NIVEL PARA ASÍ.....
PODER TOMAR LAS MEDIDAS NECESARIAS

Firma del entrevistado



PODER JUDICIAL DEL PERÚ



LUIS ENRIQUE QUIÑONES QUIÑONES
JUEZ
JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE CARABAYLLO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

GUIA DE ENTREVISTA

Título: La Tipificación de la Maternidad Subrogada como garantía para la no afectación de los Derechos del niño y niña.

Entrevistado(a): CARMEN LILIANA VÁSQUEZ ESLAVA

Cargo/profesión/grado académico: PSICÓLOGA – PSICOTERAPEUTA INFANTIL Y DE ADOLESCENTES – Licenciada en Psicología – Egresada de la Maestría en Psicología Clínica y de la Salud de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Institución: Actualmente Docente Universitaria de la Facultad de Ingeniería Civil de la Universidad Nacional de Ingeniería y Psicóloga en consulta particular.

OBJETIVO GENERAL

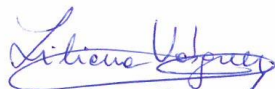
Analizar si constituye un factor determinante la tipificación de la maternidad subrogada para evitar afectaciones a los derechos del niño y niña.
--

- 1. ¿De qué manera creé usted que la tipificación de la maternidad subrogada evitaría afectaciones a los derechos del niño y niña?**

Es importante tener en cuenta que la modalidad de MATERNIDAD SUBROGADA, es una forma no convencional de traer a la vida a un ser humano y dada esta condición amerita tener muy en claro sus implicancias tanto a nivel de los padres, la madre "de vientre" y sus contextos respectivos, ya que así aseguraremos que el ser que está por nacer llegue en las condiciones más óptimas posibles.

- 2. ¿Por qué creé que el Estado no ha tipificado la maternidad subrogada, ni lo ha incluido en el Código Penal?**

Justamente por la respuesta dada en la pregunta anterior, si bien es cierto, es muy posible que la práctica de la maternidad subrogada sea frecuente, esa condición está enmarcada dentro de un ámbito privado y al no ser público, salvo por casos excepcionales o minoritarios donde sucede un evento que complejiza el proceso, es recién allí que se tiene conocimiento de ello. Como no existe aún un marco legal que ampare, aparentemente se mantiene en la clandestinidad o en la esfera privada. Lo cual no es favorable desde el enfoque de protección de la vida humana.


C. P. P. N° 9624

3. ¿Por qué creé que el Estado no ha tipificado la maternidad subrogada, ni lo ha incluido en el Código Civil?

Mi respuesta coincide con lo anterior mencionado en la pregunta 2.

4. ¿Creé usted que incorporar la maternidad subrogada en el Código Penal garantizaría la protección de los Derechos del niño y niña?

Tal vez al inicio tal garantía no sería como se espera , sin embargo al estar ya en mención en el código penal se estaría creando camino justamente para ese objetivo: Proteger los derechos del niño y niña a la vinculación sobre todo con sus progenitores consanguíneos y los no consanguíneos.

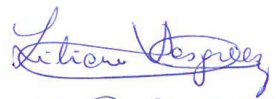
OBJETIVO ESPECIFICO 1

Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la identidad del niño y niña.

5. ¿Cómo afecta al recién nacido por maternidad subrogada el hecho de ver impedido el registro de su nacimiento ante RENIEC?

El registro en RENIEC, es un trámite obligatorio a realizar para acreditar nuestra identidad como persona natural nacida dentro de un territorio específico, con determinada nacionalidad. Es algo que tiene que cumplirse de hecho y que tiene que haber sido conversado previamente por los progenitores y la madre de alquiler mucho antes de la etapa de la concepción. La comunicación es un factor esencial que promoverá una relación armónica de ambas partes. Si ello se da, no se tendría porque esperar una afectación inadecuada en la identidad. Dado que para asegurar el fortalecimiento de su identidad personal del niño o niña, habrá el compromiso tiempo delante de indicarle el contexto real de su concepción. No tendría por qué la maternidad subrogada significar una afectación en desmerito del niño o niña.

6. ¿Creé usted que el desconocimiento de los nacidos por maternidad subrogada respecto a sus orígenes biológicos puede perjudicar el desarrollo de su identidad?


C.P.S.P. N° 9624.

Si considero que el desconocimiento produciría un desmerito evidente en el desarrollo de la identidad del niño. No se trata de ocultar información desde nuestra percepción de padre o madre biológica o familiar del niño, basado ello únicamente en nuestro sistema de creencias.

Así como en los casos de niños adoptivos se ha comprobado por investigaciones que el niño trae consigo una información inconsciente de lo sucedido alrededor de su concepción , y quizás de un tiempo atrás de la concepción , que tarde o temprano emerge a través de preguntas que el mismo elabora y en donde los padres de acuerdo a lo preguntado tendrán que responder buscando el criterio de la verdad por encima de cualquier otro , la respuesta de acuerdo a la edad cronológica del niño para que sea entendible y solo responderán lo que sea preguntado . Nada más en absoluto.

OBJETIVO ESPECIFICO 2

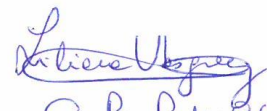
Explicar de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la integridad del niño y niña.

- 7. Teniendo en cuenta que la integridad reúne aspectos morales, físicos y psicológicos ¿Creé usted que la maternidad subrogada atenta contra el Derecho a la integridad del niño y niña?**

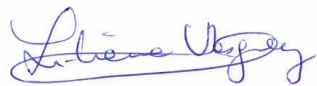
No creo que atente la integridad de ese ser humano que está por nacer siempre y cuando se cumpla con lo señalado como respuesta en las preguntas anteriores. Esta circunstancia de la maternidad subrogada, amerita un nivel elevado de madurez cognitiva y emocional, sensibilidad, comunicación asertiva y capacidad de solucionar los problemas con efectividad y eficacia basados en su flexibilidad y versatilidad.

- 8. ¿De qué manera se ven afectados en su desarrollo el niño y niña que fueron separados de quien llevo el proceso de gestación?**

Considero que se necesita que los adultos involucrados tengan un sentido de amor, comunicación y comprensión tan grande, para dejarse guiar por su calidad humana y anteponer sus necesidades personales y priorizar la del recién nacido , que en ese momento requiere de la leche materna de quien lo tuvo por nueve meses en su vientre .Teniendo en consideración que


C.Ps.P.N. 9624.

de acuerdo a lo señalado por la OMS , la leche materna es el alimento vital para la existencia del ser humano al menos durante los primeros dos años de vida y si se tiene que restringir al máximo , hasta el año . Es por ello que planteo la importancia del grado de comunicación elevado entre padres y madre subrogada. Sería el contexto más idóneo para ese nuevo ser.


C. Ps. P. N° 9624.

.....
Firma del entrevistado